

# OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

**Prof. Dr. Dr. *europaeus* Pedro J. Montano**

Al introducir este tema se suele referir a los casos de Sócrates o Antígona, o a episodios veterotestamentarios como el de los Macabeos, o del cristianismo, como los mártires, destacando a Santo Tomás Moro. Son todos personajes que tuvieron que sacrificar su vida en aras de su libertad de conciencia.

## ***I. Ámbitos de ejercicio de la objeción de conciencia***

¿Cuáles son los ámbitos y supuestos en los que surge la objeción de conciencia?

Son situaciones en que las normas jurídicas imponen una determinada conducta, y el obligado se niega a cumplirlas por razones de conciencia.

Por ejemplo en los casos en que un profesional se ampara al secreto, o ejemplos más exóticos como el rechazo de un casco protector para motoristas porque impide el mantenimiento permanente del turbante en la cabeza (*sikhs*); la negativa a descubrir totalmente la cabeza por indicación de un superior militar, por cuanto supondría despojarse del gorro (*yamurlke*) obligatorio para los varones judíos ortodoxos; la oposición a saludar a la bandera por considerarlo un acto idolátrico; manipulación genética, el manejo de embriones y células embrionarias; clonación de humanos; anticoncepción, píldora del día después; prácticas esterilizantes (ligadura de trompas, vasectomías); administración de anticonceptivos; consumir la pena de muerte; al matrimonio civil obligatorio; a la educación formal obligatoria; aborto, eutanasia, matrimonio homosexual, adopción por estos matrimonios, testamento vital, uso de símbolos religiosos en ámbitos públicos; oponerse a las vacunas, cláusula de conciencia de los periodistas; prohibición de uso de símbolos religiosos. En el ámbito laboral los denominados *sabbatarian cases*. La oposición al pago de impuestos para fines bélicos, etc.

O desde el punto de vista religioso: el secreto sacerdotal con respecto a lo conocido a través del sacramento de la confesión en la Iglesia Católica, o también de otros ministros como los de las federaciones evangélica, israelita e islámica que también lo recogen. La circuncisión sobre todo en el caso de menores<sup>1</sup>.

Hay también supuestos de objeción de conciencia farmacéutica; la investigación en medicina militar, como las armas químicas, o biológicas, la participación en experimentación humana o en protocolos clínicos, a un

---

<sup>1</sup> DE MAGLIE, C., "*Delitos culturalmente motivados*", Madrid, Barcelona, Bs. As., 2012, p. 81 y ss.

nivel que pueda lesionar la dignidad de la persona; el ensañamiento terapéutico, la supresión de tratamientos médicos obligatorios o el acatamiento de órdenes de fondo económico o administrativo que puedan ser gravemente perjudiciales para el paciente<sup>2</sup>.

Esta variedad de casos puede ser sistematizada en tres categorías: la obligación puede ser entendida desde el punto de vista del *facere* (objeción de conciencia a colaborar en un aborto), del *dare* (objeción de conciencia al pago de un impuesto con destino al presupuesto bélico, *tax resistors*), o del *pati* (objeción de conciencia a sufrir un determinado tratamiento médico)<sup>3</sup>.

Algunos de estos supuestos pueden interesar directamente al Derecho Penal, como los casos de eutanasia, aborto donde podemos preguntarnos ¿el médico que diagnostica el peligro para la salud de la madre o la inviabilidad del embarazo está obligado a realizar el procedimiento de aborto? O en el ámbito del lavado de activos cuando un notario o un abogado se niegan a denunciar una operación sospechosa a espaldas de su cliente<sup>4</sup>.

## **II. ¿Qué es la conciencia?**

La conciencia pertenece a la esencia más íntima de la naturaleza humana. Configura su dignidad y dota al individuo de plena autonomía.

Forma parte de la dimensión racional del hombre y la poseemos todos como *criterio último de actuación*. Establece un juicio moral particular sobre la conveniencia de realizar o no una acción (a priori), o la bondad o maldad de la acción realizada (a posteriori), en virtud de la adecuación de tal acción a la dignidad del sujeto agente y a su ser personal racional.

Pueden darse conflictos entre la ley y la conciencia, porque no siempre lo que dictan las mayorías puede ser considerado como lo bueno, aún cuando se haya seguido el procedimiento formal de elaboración de las leyes de manera correcta: es un pronunciamiento mayoritario, no necesariamente lo bueno. Si bien la competencia de la ley es asegurar el bien común de las personas, mediante el reconocimiento y defensa de sus derechos fundamentales, la promoción de la paz y la moralidad pública, no siempre se logra. La ley es un instrumento humano y, por lo tanto, no siempre es perfecta y por eso está previsto que sea atacada por inconstitucionalidad.

La conciencia puede ser apreciada desde distintos ángulos

a) La conciencia como conocimiento moral. Lo que se debe o no hacer está determinado por la conciencia porque permite reconocer lo bueno y lo malo. Es, por lo tanto, una capacidad humana.

---

<sup>2</sup> AGULLES SIMÓ, PAU, *La objeción de conciencia farmacéutica en España*, PUSC, Roma 2006, p. 125.

<sup>3</sup> AGULLES, cit., p. 34, citando NAVARRO-VALLS, R., *La objeción de conciencia al aborto: Derecho comparado y Derecho español*.

<sup>4</sup> Ver normas en el anexo.

b) Puede ser tomada como una instancia moral de carácter imperativo. Es un fenómeno real que se puede experimentar, y que consiste en un mandato que obliga incondicionalmente. La conciencia es el dictamen o juicio de la razón práctica de la persona acerca de la moralidad de una acción que se va a realizar, se está realizando o se ha realizado. Se trata pues, de un juicio personal sobre la moralidad de la acción singular y concreta, que se presenta como una posibilidad o como algo haciéndose o ya hecho<sup>5</sup>.

c) También puede verse enfrentada con la norma. Es aquí donde entra en juego la objeción de conciencia que plantea problema de límites y de equilibrio entre libertad y ley, cuyos parámetros de validez general aún están por definir<sup>6</sup>.

d) Pero si la objeción de conciencia es recogida por el Derecho, tendremos conflictos de derechos, porque ya no es solamente una norma moral: hay un verdadero derecho a objetar.

Con ASIAÍN, entendemos que en realidad no estaríamos sólo ante un conflicto entre dos ordenes normativos diferentes: uno axiológico y otro jurídico, sino ante un conflicto de dos derechos amparados por el mismo orden jurídico<sup>7</sup>. El problema estará, como veremos, en ver cómo el ordenamiento jurídico lo debe resolver.

## ***II. Noción de objeción de conciencia***

Todo ser humano en lo más profundo de su conciencia descubre la existencia de una ley que él no se dicta a sí mismo, pero a la que debe obedecer, y cuya voz resuena, cuando es necesario, en los oídos de su corazón, advirtiéndole que debe practicar el bien y evitar el mal. En la obediencia a esa ley consiste la dignidad humana y de ella deriva su responsabilidad. En efecto, la dignidad humana requiere que el ser humano actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido e inducido por convicción interna personal y no bajo la presión de un ciego impulso interior o de la mera coacción externa.

La conciencia es el órgano natural a través del cual el individuo hace suyos los mandatos y prohibiciones normativas<sup>8</sup>. Es el ámbito de "motivación de la norma": la norma jurídica motiva en la conciencia.

---

<sup>5</sup> LEYRA CURIÁ, Santiago, "*Participación política de la sociedad civil y objeción de conciencia al aborto*", tesis doctoral dirigida por el Profesor Doctor D. Rafael Navarro-Valls. Universidad Complutense de Madrid, marzo 2011, p. 141, siguiendo a Javier HERVADA.

<sup>6</sup> MARTIN de AGAR, José T., *Problemas Jurídicos de la Objeción de Conciencia*, disponible en:

[http://bib26.pusc.it/can/p\\_martinagar/Pubblicazioni/objecion.pdf](http://bib26.pusc.it/can/p_martinagar/Pubblicazioni/objecion.pdf), p.27.

<sup>7</sup> ASIAÍN PEREIRA, Carmen, "*Habeas Conscientiam y Objeción de Conciencia*", en *Anuario de Derecho Administrativo*, T. XV, F.C.U., Montevideo, 2008, p. 15.

<sup>8</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª Ed., COMARES, Granada, 2002., pág. 444.

En el juicio práctico de la conciencia, que impone a la persona la obligación de realizar un determinado acto, se manifiesta el vínculo de la libertad con la verdad. Precisamente por esto la conciencia se expresa con actos de juicio, que reflejan la verdad sobre el bien, y no como decisiones arbitrarias. La madurez y responsabilidad de estos juicios- y, en definitiva, del ser humano, que es su sujeto- se demuestran no con la liberación de la conciencia de la verdad objetiva, en favor de una presunta autonomía de las propias decisiones, sino al contrario, con una apremiante búsqueda de la verdad y con dejarse guiar por ella en el obrar.

La ley de la conciencia es intrínseca a la persona y no está determinada de modo voluntario. La ley positiva, en cambio, es extrínseca.

Por objeción de conciencia puede entenderse la resistencia personal a una prescripción jurídica por ser contraria a una prescripción moral que se considera prevalente. Se trata de un conflicto subjetivo irreductible entre deber jurídico y deber moral, "la negativa, por motivos de conciencia, a realizar un acto o conducta que en principio resultaría jurídicamente exigible"<sup>9</sup>. El 'no me es lícito' se convirtió en un 'no puedo'<sup>10</sup>. O como dice ASIAÍN, "que repugnara hasta la médula de su más sincera, verdadera y profunda conciencia individual –ya por razones religiosas, filosóficas, ya por una concepción integral de vida-, como mecanismo para comprender la posición del objetor"<sup>11</sup>. A tal punto, que el seguimiento incondicionado de una determinada norma positiva puede dañar la conciencia de la persona.

Siguiendo a PALOMINO, podría caracterizarse como: "Primero: la objeción de conciencia es ante todo un comportamiento, no exclusivamente el reconocimiento legal de la posibilidad de eximir de la norma jurídica (...) Segundo: ese comportamiento hace relación directa a la ética, a la moral, a la norma axiológica de que se trate. El objetor cumple lo que su conciencia le dicta. Sólo indirectamente (...) toma en consideración la desobediencia jurídica en sí. Tercero: se suele caracterizar a la objeción de conciencia como un comportamiento omisivo, entendiendo, por tanto, que se refiere a unos comportamientos poco frecuentes o importantes, controlables y menores, respecto de los cuales el ordenamiento jurídico no tiene, en principio, inconveniente para conceder exención. Esta caracterización permite distinguir la objeción de conciencia de otra forma de transgresión del derecho, la desobediencia civil. Cuarta: la inicial respuesta del ordenamiento jurídico estatal a la conducta omisiva antijurídica es la

---

<sup>9</sup> MARTIN de AGAR, José T., *Problemas...*, cit., p.5 citando a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia en el derecho internacional*.

<sup>10</sup> MARTIN DE AGAR, José T., en AA.VV. «*Objeción de conciencia*», Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F. 1998, p. 231-253. Remitimos a la versión disponible en:

<http://bibliotecanonica.net/docsaa/btcaad.htm>, p.13

<sup>11</sup> ASIAÍN, Carmen, "*Habeas conscientiam...*", cit., p. 7.

sanción. Sin embargo, es probable que el ordenamiento no active el mecanismo represivo por entender que la calidad de los motivos del objetor, unida precisamente a la característica del comportamiento (omisivo, hemos dicho, y en consecuencia de baja peligrosidad social), autoriza una exención de la ley general (...) De forma que si el Estado democrático toma en consideración la objeción de conciencia como fenómeno potencialmente digno de protección, entonces puede incluso considerarse una pretensión de legalidad<sup>12</sup>.

Como dice NAVARRO-VALLS, el objetor es una persona esencialmente social, que a través de su actitud, reafirma la idea de tolerancia y pluralidad que caracterizan al Estado democrático moderno<sup>13</sup>.

Por eso, la objeción de conciencia no puede plantearse simplemente como contraposición entre interés público e interés privado, ya que también forma parte principal del bien común el disfrute personal y colectivo de los derechos y libertades, que los poderes públicos deben tutelar y promover<sup>14</sup>.

Entendemos el bien común como el conjunto de condiciones de la vida social que permiten a los grupos y a cada uno de sus miembros, conseguir más plena y fácilmente su propia perfección. El bien común, como objeto propio de la ética política, "está en relación de "sinergia" con la búsqueda del bien individual, de cada uno de los ciudadanos que componen la comunidad política. Lesionando, por lo tanto, el segundo, se ve también perjudicado el primero"<sup>15</sup>.

"¿Qué hay que entender por imperativo de conciencia? Se trata de un motivo serio y de calado que revista importancia para la integridad o identidad del sujeto, y que puede ser de distinta naturaleza: axiológica, religiosa, ideológica, filosófica, moral, etc. No estamos pues ante un capricho del ciudadano, ni ante una decisión fruto de un cálculo de mera utilidad"<sup>16</sup>.

"Con ello, en principio se contradicen las posiciones reduccionistas de la objeción de conciencia del médico en el aborto, que la restringen a

---

<sup>12</sup> LEYRA CURIÁ, S., op. cit., pág. 145, citando a PALOMINO, R "Las objeciones de conciencia".

<sup>13</sup> Idem, p. 161, citando a NAVARRO-VALLS, "La objeción de conciencia al aborto".

<sup>14</sup> MARTIN de AGAR, José T., *Problemas...*, cit., p. 12.

<sup>15</sup> AGULLES, cit., p. 176.

<sup>16</sup> MARTÍNEZ OTERO, Juan Ma., "La Objeción de Conciencia del Personal Sanitario en la Nueva Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria Del Embarazo", Cuadernos de Bioética, XXI, 2010/3, Valencia, p.6; GONZÁLEZ CIFUENTES, Natalia, *Objeción de Conciencia y Aborto*, Universidad Católica de Valencia, Máster en Bioética, 2011, inédito., p.7; MARTIN de AGAR, José T., *Problemas...*, cit., p.4; AGULLES, cit., p. 34.

convicciones de carácter religioso, como sucede en Colombia (Corte Constitucional, 2006; Castro y Rodríguez 2011, p. 99)"<sup>17</sup>.

El Tribunal Constitucional alemán (BVerfG 12, 45, 55) definió la objeción de conciencia como «toda decisión seria de carácter moral, es decir, orientada en las categorías del «Bien» y del «Mal», que el individuo experimenta internamente en una determinada situación como algo vinculante e incondicionalmente obligatorio, de tal forma que no puede actuar contra ella sin violentar seriamente su conciencia».

El Prof. Dr. Francisco LEÓN la define como el “derecho subjetivo que tiene por objeto lograr la dispensa de un deber jurídico o la exención de responsabilidad cuando el incumplimiento de ese deber se ha consumado”<sup>18</sup>.

"La libertad de conciencia tiene tres facetas o niveles: libertad para tener unas ideas, creencias o convicciones u otras, en segundo lugar, libertad para manifestarlas, y finalmente libertad para comportarse de acuerdo con las mismas y para no ser obligado a contradecirlas, y es en esta última faceta o manifestación de la libertad de conciencia donde encaja el posible derecho a la objeción de conciencia"<sup>19</sup>.

Se trata de tutelar aquellas dimensiones más íntimas y definitorias del hombre como persona, su autodeterminación como ser racional y libre frente a las cuestiones más profundas y vitales<sup>20</sup>.

La conciencia se halla en el límite moralmente insuperable, más allá del cual la persona no puede acceder.

Pertenece al ámbito dentro del cual el Estado es incompetente: el de las conciencias<sup>21</sup>.

"En un Estado, en el que la dignidad humana es el valor supremo, y en el que la libre autodeterminación del individuo hace parte igualmente, de los valores constitutivos de la comunidad, la libertad de creencia le garantiza a

---

<sup>17</sup> MENDOZA PERDOMO, Juan Francisco, *Alcances penales de la objeción de conciencia del médico en el aborto lícito en Colombia*, IUSTA, N° 37, Bogotá, 2012, p. 158.

<sup>18</sup> LEÓN CORREA, Francisco Javier, "Fundamentos ético-jurídicos de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud", *Revista Conamed*, Comisión nacional de arbitraje Médico, México 2007; 42 (4): 3-8.

<sup>19</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel "Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción", *InDret*, 1/2013, p. 5.

<sup>20</sup> AGULLES, cit., p. 24.

<sup>21</sup> ASIAÍN PEREIRA, Carmen, "Veto a la Limitación de la Libertad de Conciencia" en AAVV, "Veto al Aborto - Estudio Interdisciplinario sobre las 15 Tesis del Presidente Tabaré Vázquez", Universidad de Montevideo, 2012, p. 127.

los individuos un espacio jurídico libre de intervenciones estatales, en el que se puedan dar la forma de vida que corresponda a sus convicciones"<sup>22</sup>.

Ese principio es fundamento del D. 258/1992 que regula la conducta médica, al proclamar "respetar la conciencia de cada profesional, ámbito al que el Derecho no debe ingresar sino para garantizarlo".

"No será legítimo para el Estado limitar la libertad de conciencia e ideario, cuando existan otros medios hábiles para la consecución de los objetivos del Estado que no impliquen el menoscabo de dicha libertad. Implica una evidente inversión de la carga probatoria, que pasa a gravar al Estado"<sup>23</sup>.

### **Deber moral**

El ejemplo del aborto es ilustrativo porque la ley moral de no matar es universalmente reconocida y está en la conciencia de todo ser humano.

Las personas estamos llamadas, por un grave deber de conciencia, a no prestar nuestra colaboración formal a aquellas prácticas que, aunque permitidas por la legislación, son gravemente inmorales. Desde el punto de vista moral, nunca es lícito cooperar formalmente en el mal. Esta cooperación se produce cuando la acción realizada, o por su misma naturaleza o por la configuración que asume en un contexto concreto, se califica como colaboración directa en un acto -como en el caso del aborto- contra la vida humana inocente o como participación en la intención inmoral del agente principal. Esta cooperación nunca puede justificarse invocando el respeto de la libertad de los demás, ni apoyarse en el hecho de que la ley la prevea y exija. En efecto, los actos que cada uno realiza personalmente tienen una responsabilidad moral, a la que nadie puede nunca substraerse. La vida de un concebido prevalece sobre todas las opiniones: no se puede invocar la libertad de pensamiento para arrebatársela. Por lo tanto, el personal de la salud está obligado a defender la objeción de conciencia. El grande y fundamental bien de la vida convierte tal obligación en deber moral grave para el personal sanitario inducido por la ley a practicar abortos o a cooperar de manera próxima en la acción abortiva directa<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> SCHWABE, Jürgen, "*Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*", Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 167.

<sup>23</sup> ASIAIN, Carmen, "*Limitación...*" cit., p. 145.

<sup>24</sup> AGULLES, cit., p. 233.

## ***Clases de objeción de conciencia***

### **Según la manera de intervenir.**

La acción a la que obliga la norma puede ser inmoral, en sí misma (directa) o como cooperación a la conducta inmoral de otros (indirecta)<sup>25</sup>.

Es el caso de la norma que obliga al médico que no quiere hacer un aborto, a que lleve a la madre a otro colega para que se lo haga.

En ambos casos procede la objeción de conciencia.

### **Objeción propia**

Se define según NAVARRO VALLS como la negativa a ejecutar directa o indirectamente la realización de prácticas permitidas o mandadas por las normas legales, pero contrarias a la ley moral, los usos deontológicos o a las normas religiosas<sup>26</sup>.

### **Objeción impropia**

Citando al mismo autor, este tipo de objeción de conciencia se plantea por ejemplo en el ámbito sanitario, a los profesionales en "supuestos en que determinados pacientes, por convicciones ideológicas o religiosas, se oponen a la recepción de un determinado tratamiento médico que puede ser necesario para el mantenimiento de su vida o de su salud corporal". En estos casos no se produce un conflicto entre una norma legal y otra moral, sino que lo que se produce es un choque entre dos conciencias, la del profesional, que considera su deber intervenir para preservar la vida o la salud del paciente, y la del paciente que por sus convicciones considera que tiene el derecho de rechazar el tratamiento.

### **Objeción ambigua**

Esta ambigüedad se denomina cripto-objeción y se da cuando hay profesionales que no objetan abiertamente pero tampoco realizan la conducta impuesta<sup>27</sup>.

### **Objeción sobrevenida**

La conciencia de las personas no es una realidad inamovible o monolítica que no pueda cambiar, con lo que cerrar la puerta a la objeción sobrevenida resultaría una limitación desmedida de la objeción y de la libertad de conciencia de la persona<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> MARTIN de AGAR, José T., *Problemas...*, cit., p.5

<sup>26</sup> NAVARRO VALLS, R., "La objeción de conciencia a tratamientos médicos", en *Derecho eclesiástico del Estado español*, EUNSA, 1993.

<sup>27</sup> GONZÁLEZ CIFUENTES, Natalia, "Objeción de Conciencia...", cit., p.13

<sup>28</sup> MARTÍNEZ OTERO, Juan Ma., *La Objeción...*, cit., p.13



Es el caso del médico que a base de practicar abortos, un día reconoce que no es correcto, y deja de hacerlo.

### **Objeción de ciencia**

La objeción de conciencia se admitió en un primer momento como objeción religiosa porque es relativamente simple establecer la incompatibilidad objetiva entre las normas de una confesión y una prescripción civil, así como la pertenencia del sujeto a dicha confesión<sup>29</sup>. Es clarísimo que el Testigo de Jehová no quiere recibir sangre porque se lo impide su credo.

Sin embargo, también puede violentarse la conciencia, haciendo actuar contrariamente a lo que se entiende que es una correcta práctica profesional.

Así, por ejemplo, "NAVARRO-VALLS comenta al respecto que el reconocimiento del derecho del personal sanitario a objetar a la cooperación o realización de abortos está basado en el conocimiento, por parte de los facultativos, de "la singularidad del patrimonio genético del embrión, la continuidad de su crecimiento somático, los mecanismos de lo que se ha llamado el coloquio bioquímico con la madre y, en definitiva, el grado de independencia ontológica de ella"<sup>30</sup>.

El médico formado en salvar vidas puede ver agraviada su conciencia cuando se le exige que realice determinada práctica médica –una intervención quirúrgica importante, por ejemplo- sin poder acudir a la transfusión de sangre al paciente<sup>31</sup>.

Aun, si fuera discutible reconocer la existencia de una persona en el feto, es de aplicación el principio de precaución. Así lo ha establecido la Comunicación de la Comisión Europea sobre este principio (N1, 2000) cuando afirma que "incluso si en el Tratado, el principio de precaución viene mencionado explícitamente en el ámbito del medio ambiente, su alcance es mucho más amplio. Abarca aquellas específicas circunstancias en que las pruebas científicas son insuficientes, no concluyentes o inciertas, y hay indicios, derivados de una evaluación científica preliminar objetiva, de que existen motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud, animal o vegetal, pueden ser incompatible con el nivel de protección elegido"<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> MARTIN de AGAR, José T., *Problemas...*, cit., p.17

<sup>30</sup> AGULLES, cit., p. 103 citando a NAVARRO-VALLS, *La objeción de conciencia al aborto. Nuevos datos*. También, ASIAÍN, Carmen, "*Habeas conscientiam...*", cit., p. 12

<sup>31</sup> ASIAÍN, Carmen, *Habeas conscientiam...*, cit., p. 36

<sup>32</sup> BETTETINI, Andrea, *Libertad de conciencia y objeción al aborto*, IUSTEL, p. 18.

### **III. Objeción de conciencia y otros institutos**

Con frecuencia, se habla indistintamente de libertad de religión, culto o conciencia, convicciones o creencias, pensamiento o ideología. Es comprensible si se tiene en cuenta que todas convergen al fin práctico que se pretende: tutelar aquellas dimensiones más íntimas y definitorias del hombre como persona, su autodeterminación como ser racional y libre frente a las cuestiones más profundas y vitales<sup>33</sup>.

Diremos con MARTÍN DE AGAR que existe una cierta distinción entre los ámbitos de libertad a que cada uno de esos conceptos se refiere, en razón del objeto específico al que se dirigen, a saber: la verdad (libertad de pensamiento), el bien (libertad de conciencia) y Dios (libertad de religión)<sup>34</sup>.

La libertad de pensamiento “implica el atributo personal, derivado de la naturaleza racional del hombre, de asentir o estar conforme con determinado sistema de ideas en torno del mismo hombre, del mundo y de los valores”; la libertad de conciencia “es la facultad de discernir entre lo que resulta ser el bien o el mal moral”; la libertad religiosa, “si bien se relaciona con la libertad de opinión y pensamiento, en cuanto que la religión lleva a adoptar una determinada cosmovisión (...), contiene un elemento propio que la diferencia claramente de aquellas, y que es, precisamente, la relación con Dios que resulta ser protegida como derecho”<sup>35</sup>.

#### **Derecho de resistencia**

"La objeción de conciencia se caracteriza por su carácter "pasivo", que la distingue del derecho de resistencia, que se ejerce en forma activa. El derecho de resistencia es otra institución que tiene una larga tradición jurídica en Occidente, desarrollada teóricamente, entre otros, por Tomás de Aquino. Se trata del derecho inherente del pueblo o de la comunidad a resistir por la fuerza al tirano y a derrocar a un gobierno despótico"...

"El ejercicio del derecho de resistencia se diferencia de la objeción de conciencia en varios aspectos. La objeción implica un "no hacer" más que un hacer activo y es por esencia pacífica. La resistencia es, en cambio, activa, y admite el uso de la violencia para el logro de su objetivo. La objeción de conciencia es un acto individual, motivado éticamente. La resistencia, pudiendo ser individual, es en principio colectiva y por motivación política. Ambos tienen en común el constituir formas de alzamiento contra la ley establecida"<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> MARTIN de AGAR, José T., *Problemas...*, cit., p.8

<sup>34</sup> AGULLES, cit., p. 24

<sup>35</sup> PRIETO, Vicente, *"La objeción de conciencia en instituciones de salud"*, Universidad de La Sabana, Bogotá, 2013, p.57

<sup>36</sup> LEYRA CURIA, S., *Participación ...*, cit., p. 135.

El derecho a la resistencia es más bien un derecho inherente al pueblo, a la comunidad, de resistir por la fuerza y derrocar al gobierno despótico.

### **Desobediencia civil**

El motivo que lleva a la desobediencia civil es político: primordialmente y de cualquier forma se busca el cambio de la ley, no a la protección de la propia conciencia<sup>37</sup>. Es un medio para la reivindicación, la propaganda o la protesta.

"Consecuentemente, en la objeción de conciencia el objetor debe guiarse por un motivo meramente privado y personal, sin perseguir de modo directo con su objeción una reforma legal. En muchos casos, qué duda cabe, el objetor espera dicha reforma, y es consciente de que su objeción contribuye a conseguir dicho objetivo, si bien siempre de un modo indirecto"<sup>38</sup>.

En la desobediencia civil se exteriorizan públicamente los objetivos y medios empleados, mientras que en la objeción de conciencia sólo indirectamente<sup>39</sup>. Lo que busca el objetor no es la trascendencia social, si bien en ocasiones es el desenlace lógico de la actitud objetora.

"Si el desobediente civil utiliza la publicidad para presionar en la opinión pública y lograr que de forma mayoritaria se reconozca su injusticia, se incumpla y, por lo tanto, se apele a su modificación, el objetor desatiende lo exigido por la norma sin necesidad de lograr ningún tipo de adhesión y, por lo tanto, sin la obligación de hacer público su comportamiento, sino que, una vez consumado el incumplimiento, requiere hacer públicas sus pretensiones para obtener una exención en el ámbito individual"<sup>40</sup>.

La diferencia esencial entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil radica en la actitud: en la desobediencia "por cualquier causa se pretende un determinado cambio, legislativo o de otro tipo, para cuya consecución se presiona con el incumplimiento indiscriminado de obligaciones legales".

El Tribunal Constitucional alemán la describe como "la oposición del ciudadano frente a importantes decisiones puntuales del Estado ... para eludir una decisión considerada negativa y éticamente ilegítima mediante protestas simbólicas hasta llamativas infracciones del Derecho vigente". En el mismo sentido, la doctrina alemana se refiere a una infracción consciente del Derecho como medio para expresar públicamente una protesta

---

<sup>37</sup> AGULLES, cit., p. 31

<sup>38</sup> MARTÍNEZ OTERO, Juan Ma., *La Objeción...*, cit., p.7

<sup>39</sup> Ibidem, citando a LÓPEZ GUZMÁN, J., *Objeción de conciencia farmacéutica*.

<sup>40</sup> JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 113

simbólica fundada en consideraciones ético-normativas y siempre pacífica<sup>41</sup>.

La desobediencia civil no se refiere a un conflicto de normas, sino a un choque de tipo político. "En ambos fenómenos encontramos una norma que se considera injusta, pero en la objeción de conciencia esa ley -además de injusta- se considera inmoral. Es más, se califica de injusta porque se estima inmoral".<sup>42</sup>

La objeción de conciencia radica no en la autonomía absoluta del sujeto respecto a la norma, y por tanto tampoco en el desprecio de la ley del Estado, sino en la coherente fidelidad a la misma fundamentación moral de la ley civil.

ROXIN sostiene que los casos de desobediencia civil insignificantes (de escasa importancia) -pone el ejemplo de sentadas pacíficas para impedir el acceso a alguna oficina pública-, son merecedores de indulgencia porque no concurre una necesidad ni preventivo-especial ni preventivo-general de pena. Preventivo-especial no, porque los sujetos son ciudadanos preocupados por el bien común y no "criminales", y porque políticosocialmente es suficiente una desaprobación de la infracción de las reglas insistiendo en su antijuridicidad (junto con las eventuales consecuencias de Derecho civil y de Derecho público). El castigo con pena criminal está preventivo-especialmente contraindicado porque puede conducir al sujeto a un aislamiento y radicalización que más bien favorezca la comisión de delitos más graves. Tampoco es necesario el castigo desde el punto de vista de la prevención general porque la "prevención de resocialización", que hoy ocupa el primer término entre las finalidades de la teoría de la pena, no atiende a la intimidación, sino a la resolución de conflictos sociales. Este arreglo de conflictos en los casos insignificantes (de escasa importancia) se alcanza mejor mediante la renuncia a la pena que mediante la punición. Pues es deseable integrar el potencial de protesta básicamente conforme al sistema de nuestra sociedad, en vez de discriminarlo y confinarlo mediante el castigo con pena criminal<sup>43</sup>.

HIRSCH critica esta concepción rechazando la categoría de la "responsabilidad penal" de ROXIN, porque introduce aspectos preventivos en el terreno de la culpabilidad, borrando así la diferencia entre los presupuestos del delito y su consecuencia jurídica<sup>44</sup>.

Según HABERMAS, la desobediencia civil es un componente necesario de "una cultura política madura". Refiere también a una tendencia

---

<sup>41</sup> HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal - Obras Completas - Tomo II*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 200.

<sup>42</sup> AGULLES, cit., p. 32, citando a DURANY PICH, I., *La objeción de conciencia*.

<sup>43</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Thomson-Civitas, Madrid, Trad. de la 2ª ed. alemana, 2006, p. 954.

<sup>44</sup> HIRSCH, *Derecho Penal...*, cit., p. 203.

contestataria evolutiva que, como forma de expresión simbólica de la opinión pública, estaría emparentada a las asambleas y manifestaciones. Por eso se sostiene que los actos de desobediencia civil podrían justificarse a través de los derechos fundamentales correspondientes a las libertades de expresión y de reunión. Pero aún así, éstas están limitadas<sup>45</sup>.

ROXIN da unas reglas para exculpar la desobediencia civil: 1) la protesta infractora ha de referirse a cuestiones existenciales que interesen al conjunto de la población; 2) el sujeto debe actuar por preocupación por el bien común; 3) la infracción de las reglas ha de mostrar una conexión reconocible con el destinatario de la protesta; así por ejemplo cuando se bloquea la entrada de una instalación militar por integrantes de un movimiento pacifista; 4) quien lleva a cabo la protesta debe declararse claramente partidario de la democracia parlamentaria; 5) los revolucionarios no pueden ser por tanto exculpados; la infracción de las reglas debe evitar toda actividad violenta y la resistencia activa a las fuerzas del orden y 6) los impedimentos e incomodidades que resultan de la protesta deben mantenerse reducidos (insignificantes, de escasa importancia) y temporalmente limitados<sup>46</sup>.

HIRSCH, por su parte, entiende que serían atípicas por cuanto las sentadas pacíficas no ingresan dentro del concepto de violencia que integra el tipo de las coacciones (nuestro 288 CPU)<sup>47</sup> y se inclina más bien por un tratamiento indulgente desde el punto de vista de la pena, llegando a recomendar de *lege ferenda*, la posibilidad de prescindir de la pena a través de una declaración de culpabilidad seguida de una dispensa de la misma<sup>48</sup>. Pero se encarga de advertir que es discutible que deba partirse de una valoración positiva de la desobediencia civil. Refiriéndose a Alemania como Estado democrático de Derecho especialmente evolucionado, las libertades de opinión, de reunión, de culto y de asociación, así como el derecho general de sufragio, proporcionan al ciudadano una amplia gama de posibilidades para conformar su opinión e influir sobre la formación de las mayorías. La esencia de la democracia reside en el debate intelectual sobre política y legislación. La llamada desobediencia civil no se corresponde con esta concepción constitucional. Ella representa, en contra de la opinión de HABERMAS, lo opuesto a una cultura política madura.

---

<sup>45</sup> HIRSCH, *Derecho penal...*, cit., p. 201.

<sup>46</sup> ROXIN, op. cit., p. 955.

<sup>47</sup> HIRSCH, cit., p. 199.

<sup>48</sup> Propone el siguiente texto penal: "Si el actor actúa movido por un auténtico conflicto de conciencia, pero sin que su decisión en conciencia permita por sí misma excluir la antijuridicidad, podrá atenuarse la pena.. Excepcionalmente, en el caso de un delito menos grave, podrá prescindirse de la pena cuando así lo permitan la magnitud del injusto y una considerable disminución de la culpabilidad". HIRSCH, *Derecho Penal...*, cit., p. 207

Citando el ejemplo de Mahatma Ghandi, dice que no hay que olvidar que en aquel caso se trataba de la resistencia frente a la dictadura de una potencia colonial. La desobediencia civil de la que ahora hablamos, poco tiene que ver con un derecho tan sublime como es el derecho a la resistencia a la opresión<sup>49</sup>.

### **Delincuente de conciencia y delincuente por convicción**

Ya WELZEL había propuesto en 1955 la distinción entre delincuente de conciencia (*Gewissenstäter*) y delincuente por convicción (*Überzeugungstäter*).

Quizás podría sostenerse que toda actuación dolosa lo es por convicción. Esto lleva a plantear diferencias. El carácter obligatorio que se debe predicar de toda decisión de conciencia por el hecho de estar orientada hacia lo bueno y malo es lo que fundamenta la distinción de tal decisión de la denominada decisión alcanzada mediante una convicción, puesto que, en su opinión, un comportamiento motivado por la convicción no se dirige hacia lo que el sujeto considera bueno o malo, sino hacia lo que estima que es necesario o innecesario, y que, al quedar por debajo de las barreras de la ética, no implica obligatoriedad.<sup>50</sup>

El autor puede tener una convicción contraria al Derecho. Si bien la vigencia de las normas jurídicas no depende de la aprobación del individuo sino que se fundamenta en un acto de afirmación de la comunidad, de la mano de su conciencia y a pesar del carácter vinculante del ordenamiento jurídico, el individuo puede sentirse forzado a realizar un comportamiento contradictorio con aquel. En estos supuestos nos encontramos ante un delincuente por convicción<sup>51</sup>.

La introducción de la figura del «delincuente por convicción» tiene su origen en el año 1922, cuando RADBRUCH, entonces Ministro de Justicia, propone un tratamiento diferenciado en aquellos casos en los que el autor se siente obligado al hecho por convicciones éticas, políticas y religiosas. Así, en su § 71 del Proyecto de CP alemán de 1922 se establecía que, «en lugar de prisión rigurosa y prisión, se impondrá la pena de encierro de la misma duración, si el motivo decisivo del delincuente consiste en que él se siente obligado al hecho por sus convicciones morales, religiosas o políticas»<sup>52</sup>.

Uno de los autores que también va a efectuar una distinción entre el sujeto que actúa por motivos de conciencia y el que lo hace por convicción es

---

<sup>49</sup> HIRSCH, Derecho Penal..., cit., p. 204-205.

<sup>50</sup> JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 205

<sup>51</sup> JESCHECK, *Tratado...*, p. 444.

<sup>52</sup> JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 273

Karl PETERS. Este autor considera que si bien el delincuente de conciencia es a la vez delincuente por convicción, también es algo más y algo esencialmente distinto. Así, el delincuente de conciencia dirige su actuación conforme a las categorías de lo bueno y malo, y además existe en tal delincuente una tendencia a la generalización de su conducta. Por el contrario, el que actúa motivado por una convicción sólo podría invocar el actuar en virtud de lo que considera correcto o incorrecto, a la vez que desaparece en él el deseo de que esta actuación sea generalizable. Además, la diferencia entre el delincuente de conciencia y el delincuente por convicción depende de si el sujeto, por su obligación a Dios o consigo mismo, llega a la conclusión de que un determinado hecho le provocaría una pérdida de sustancia personal<sup>53</sup>.

La fuerza de la conciencia no es equiparable a la fuerza desplegada por la convicción, ya que tan sólo la primera puede ocasionar un grave conflicto en el sujeto que conduzca a la destrucción de su personalidad y dignidad.

La libertad de conciencia goza de mayor protección que la mera actuación por convicción y esto debe tener trascendencia en el juicio de ponderación<sup>54</sup>.

JESCHECK se afilia a la posición dominante en el sentido de que el autor por convicción no puede quedar justificado, ni por lo general, tampoco disculpado. No padece un error de prohibición porque, precisamente, conoce la antijuridicidad.

Distingue entre delitos cometidos por acción y omisión. La jurisprudencia alemana ha admitido la impunidad de la omisión de un hacer ordenado por el legislador, sobre la base de la decisión adoptada en conciencia por parte del autor de la conducta pasiva. Se dio el caso del esposo que no convence a su mujer de dejarse transfundir para salvar su vida, porque va contra la creencia religiosa de ambos. La esposa fallece, y lo acusan de homicidio por omisión. El Tribunal Constitucional, entendió que el comportamiento del marido era en verdad digno de desaprobación, pero que "no sería reprochable al no estar justificado proceder contra el autor con el arma más grave que está a disposición de la sociedad: el Derecho Penal"<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Ibidem, p. 277. HIRSCH, *Derecho penal...*, cit., p. 197, 198, haciendo notar que los mayores crímenes contra la humanidad ocurridos durante el siglo XX se cometieron en nombre de convicciones político-ideológicas: las de los bolcheviques y estalinistas, de los nacionalsocialistas y los fundamentalistas. "El hecho de que un delito esté motivado en una convicción político-ideológica no puede bastar para dar origen a un privilegio".

<sup>54</sup> JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 325

<sup>55</sup> JESCHECK, *Tratado...*, p. 544; MUÑOZ CONDE, Francisco, *La objeción de conciencia en Derecho Penal en Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Silva Sánchez (ed.), BOSCH, Barcelona, 1997, p.10

La defensa de decisiones adoptadas en conciencia en los actos omisivos es correcta porque, de hecho, no puede ser defendible forzar a alguien por medio de una amenaza penal a una acción que rechaza por ser contraria a su conciencia<sup>56</sup>. Sin embargo debe ser rechazada en el caso de los delitos cometidos mediante un hacer positivo, pues de esta manera la protección del ciudadano por el Derecho penal estaría en gran medida puesta a disposición del autor que actúa según su conciencia. La disposición constitucional que reconoce el derecho a la libertad de conciencia (art. 4 GG) no debe entenderse como una anulación parcial del ordenamiento penal<sup>57</sup>.

Según HIRSCH, "para el delincuente de conciencia, una exigencia del ordenamiento jurídico que le obligue a realizar una conducta contraria a sus convicciones -es decir, la imposición de un deber de actuar- es, por regla general, más gravosa que la prohibición de una acción, esto es, que el requerimiento de permanecer inactivo. Por eso, no es casual que el grueso de los casos de autores de conciencia acaecidos en la práctica pertenezcan al campo de la omisión"<sup>58</sup>.

ROXIN entiende que no solo abarca a la actitud omisiva, sino que también está incluida la "acción activa", porque el art. 4 GG no distingue<sup>59</sup>.

En la actuación en conciencia puede no haber responsabilidad, en cambio en el delito por convicción sí la hay, salvo alguna consideración en la medición de la pena<sup>60</sup>.

LUZÓN entiende que la actuación de los delincuentes por convicción merecen, tanto a efectos preventivos como de justicia, la valoración más negativa posible por tratarse de actos y actitudes peligrosísimas y de enfrentamiento total con el ordenamiento jurídico; por consiguiente, no pueden merecer comprensión, entendimiento ni la menor disculpa. Solamente en casos totalmente extremos y excepcionales la situación psicológica de fanatismo de un peligroso delincuente por convicción puede ser tan anormal y debida p. ej. a un auténtico lavado de cerebro, que el sujeto llegue a estar en una situación de plena anomalía psíquica o de alteración o trastorno mental que pudiera afectar su imputabilidad<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 225.

<sup>57</sup> ROXIN, *cit.*, p. 545.

<sup>58</sup> HIRSCH, *Derecho penal...*, *cit.*, p. 185.

<sup>59</sup> ROXIN, *Parte General...*, p.944.

<sup>60</sup> ROXIN, Claus, *Parte General*, T. I, 2006, §22/100 y ss. En el mismo sentido JERICÓ OJER, *El conflicto de conciencia*, 2007, p. 76 y ss.; JESCHECK, *Tratado...*, p. 445, quien agrega que dependerá del valor ético del motivo imperante, citando jurisprudencia.

<sup>61</sup> LUZÓN, *cit.*, p. 13.



De un modo general, se puede decir que el empleo de violencia como forma de ataque a los bienes jurídicos estatales no puede justificarse por razones de conciencia. Este es el principal argumento contra el terrorismo<sup>62</sup>.

"Quien en una situación concreta es determinado por sus convicciones para realizar una acción u omisión, puede entrar en conflicto con los ideales éticos que, por virtud de la costumbre, predominan en la sociedad, y con los deberes legales que se fundamentan en ellas. Si con ese comportamiento se integra, de conformidad con la interpretación vigente, un delito tipificado penalmente, se tendrá que preguntar a la luz del Art. 4, párrafo 1 de la ley Fundamental, si bajo las especiales circunstancias del caso, la penalización cumpliría con el sentido que orienta la sanción estatal. El autor de un delito de este tipo no se alza en contra del ordenamiento legal estatal por no creer en la ley; él también quiere que se garanticen los bienes jurídicos que se protegen mediante la sanción penal, pero él se encuentra en una situación límite, en la que el ordenamiento legal general se contrapone a los mandatos de su credo personal, y se siente en la obligación de seguir aquí el mandato supremo de su credo. Si de forma objetiva, con base en las concepciones que de manera general imperan en la sociedad, se tiene que desaprobado esa decisión, también es cierto que tal conducta no se le puede reprochar en la misma medida, esgrimiendo en contra del autor del hecho el arma más fuerte con que cuenta la sociedad, el derecho penal. La sanción criminal –independientemente de su magnitud– no es en este caso, bajo ningún aspecto (vindicación, prevención, resocialización del criminal), una sanción adecuada. El deber que se deriva del Art. 4, párrafo 1 de la ley Fundamental, para todo el poder público, de respetar las serias convicciones en toda su extensión, debe conducir en todo caso a un retroceso del derecho penal, cuando el conflicto concreto conlleva un conflicto espiritual entre el deber legal, existente de conformidad con una concepción general, y un mandato contemplado en las creencias del autor del hecho, que frente a la penalización, lo marca como infractor de la ley, desplegando así una reacción social que viola su dignidad humana."<sup>63</sup>.

#### ***IV. Naturaleza jurídica de la objeción de conciencia***

La objeción de conciencia deriva del principio fundamental de la libertad de conciencia, por eso, se la considera un derecho fundamental subjetivo<sup>64</sup>. Con la objeción de conciencia se limita precisamente el poder de las mayorías (expresado normalmente en las leyes), en nombre de valores y

---

<sup>62</sup> MUÑOZ CONDE, F., *La objeción de conciencia...*, p.4

<sup>63</sup> SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia TCFA*, cit., p. 172

<sup>64</sup> AGULLES, cit., p. 36.

principios más altos (la dignidad de la persona), que no pueden depender, para su ejercicio, del reconocimiento por parte del poder político (si fuera así, dejarían de ser derechos fundamentales)<sup>65</sup>.

"El conflicto entre conciencia y ley no pone de manifiesto la ocurrencia de un conflicto entre dos órdenes normativos distintos –el jurídico, por un lado y el moral, religioso o ideológico, por el otro-. En realidad el conflicto, que es sólo aparente, se plantea dentro del mismo orden jurídico –entre la norma jurídica que tutela el derecho a conducirse de conformidad con la conciencia, y la norma jurídica que impone o veda una conducta determinada. Y el conflicto, decimos, es sólo aparente, pues ya ha sido resuelto de antemano por el Derecho, haciendo primar la conciencia, como principio, salvo excepciones"<sup>66</sup>.

Hablar de objeción de conciencia es referirse a una parte normal del ordenamiento jurídico (una parte de singular importancia), y no a una excepción del mismo, que sólo requeriría acomodación cuando insoslayables razones de orden político así lo requiriesen<sup>67</sup>.

"Nuestra Constitución no sólo reconoce expresamente la conciencia individual como cualidad del ser humano, sino que ordena su protección por el legislador en el artículo 54, en sede de relación laboral o de servicio: "La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral." Sin explicitarlo, reconoce la posesión de una conciencia por todo individuo en los artículos 5 (libertad religiosa), 8 ("los talentos o las virtudes" ), 29 (libertad de expresión del pensamiento), 33 (propiedad intelectual), 41, 44 y 86 (en cuanto aluden al "perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes" o a su mantenimiento) y el art. 72 en cuanto incorpora genéricamente a la carta los derechos, deberes y garantías "inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno", siendo la conciencia una cualidad inherente, definidora, esencial del ser humano"<sup>68</sup>.

Por lo tanto, "el derecho de objeción de conciencia es el recurso hábil para el ejercicio del derecho fundamental de libertad de conciencia, derecho humano fundamental que integra el núcleo duro de derechos inalienables"<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> PRIETO, V., "*La objeción de conciencia...*", cit., p.27

<sup>66</sup> ASIAIN, Carmen, "*Limitación...*" cit, p.125

<sup>67</sup> LEYRA CURIA, S., p.163, citando a MARTÍNEZ-TORRÓN, "*Las objeciones de conciencia en el derecho internacional y comparado*".

<sup>68</sup> ASIAIN, Carmen, "*Habeas conscientiam...*", cit., p. 4

<sup>69</sup> ASIAIN, Carmen, "*Limitación...*" cit, p.130

## El Derecho Internacional

"Las declaraciones recientes del derecho internacional sobre la objeción de conciencia atestiguan la creciente sensibilidad de la cultura occidental hacia esta figura, considerada como un derecho fundamental autónomo proveniente de las libertades de conciencia, pensamiento y religión"<sup>70</sup>. Sin embargo, los documentos internacionales sobre derechos humanos no reconocen expresamente a la objeción de conciencia como un derecho.

Como grandes precedentes históricos podemos citar la Declaración de Virginia de 1776, en la que se equipara la libertad religiosa con la libertad de conciencia (sección 16); y la Declaración francesa de 1789 (art. 11), que alude a la libertad de expresión "de los pensamientos y opiniones". Modernamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.18); el art. 9.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, firmado en Roma el 4.11.1950; el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (art. 18), y el Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (art. 12), también reconocen la libertad de conciencia en términos similares.

Con respecto a la objeción de conciencia la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Resolución 46, de 1987 la reconoció como parte de la libertad de pensamiento<sup>71</sup>.

En un sentido similar se pronunciaba en 1994, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, quien indicó que "el derecho a negarse a cumplir el servicio militar (objeción de conciencia) puede derivarse del art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras ciencias"<sup>72</sup>.

El único reconocimiento de la objeción como derecho fundamental lo encontramos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que versa sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que garantiza el derecho a la objeción de conciencia "de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio"<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> AGULLES, cit., p. 53.

<sup>71</sup> GONZÁLEZ CIFUENTES, Natalia, "*Objeción de Conciencia...*", cit., p.20

<sup>72</sup> Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General N° 22, art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 29 de julio de 1994.

<sup>73</sup> Hay importantes factores de incertidumbre en ese precepto. Comenzando por su propia interpretación, especialmente en lo relativo a la dependencia de las leyes nacionales, aunque no parece que ésta pueda ser interpretada como un deseo de condicionar la objeción a la *interpositio legislatoris* -carecería de sentido que el ejercicio de un derecho fundamental estuviera sometido a la voluntad del legislador- sino más bien como una referencia a que los legisladores nacionales son naturalmente competentes para garantizar el derecho de objeción.

En el art. II-70 de la Constitución Europea dice expresamente que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

Aprobado por Ley N° 13.751, el Art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa: “Observación general sobre su aplicación. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades *fundamentales* de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones<sup>74</sup> .

### **¿Es un derecho absoluto?**

El ser humano no es un absoluto, por lo tanto, sus derechos tampoco pueden serlo<sup>75</sup> .

Así lo reconoce nuestra Constitución (art. 7) que reclama que toda limitación debe provenir de una ley y que esta debe ser por razones de interés general<sup>76</sup> .

Lo que sí puede decirse es que es un derecho general, como todos los derechos fundamentales. Pero todo lo general debe tener excepción pues de lo contrario se convertiría en absoluto<sup>77</sup> .

---

<sup>74</sup> ASIAÍN, Carmen, "*Habeas conscientiam...*", cit., p. 22.

<sup>75</sup> LEYRA CURIÁ, S., op. cit., p. 167.

<sup>76</sup> Con respecto a “razones de interés general” puede entenderse también de “necesidad pública”, o de “seguridad” o de “higiene pública”, etc. JAVIER, Juvenal, *Reflexiones...*, p. 12.

<sup>77</sup> En un importante número de sentencias la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado sobre el carácter absoluto del derecho a la vida, aunque sin referirse específicamente a la vida del concebido no nacido. Por citar solo algunas, mencionamos

### **V. Límites a la objeción de conciencia**

Los deberes de contenido ajeno a la moral, como pueden ser los recogidos en disposiciones de tránsito vehicular, no resultan objetables por conciencia. Las objeciones generalmente pueden caracterizarse como profundas y serias, no meramente epidérmicas, de conveniencia o utilidad<sup>78</sup>.

"Los límites de la objeción son los mismos de las libertades en las que tiene su origen y de las que es manifestación: aquéllos que se pueden considerar incluidos en la noción de orden público (los principios de autoridad y de solidaridad, de libertad e igualdad, la paz y el orden, los derechos y libertades de los demás, la salud y la moral públicas, la seguridad). Al orden público se remiten, de un modo u otro, los documentos sobre derechos humanos para advertir que éstos no son ilimitados"<sup>79</sup>.

#### **Los derechos fundamentales.**

Con referencia a la Constitución alemana (art. 4 GG), dice ROXIN que si bien se reconoce en esa disposición la libertad de conciencia, ésta no es ilimitada, sino que está sometida a límites inmanentes. Cita al Tribunal Constitucional que hace derivar tales límites del sistema de valores de los derechos fundamentales (BVerfG 32, 108), y al profesor BÖCKENFORDE quien los establece allí "donde los fines elementales últimos del Estado moderno están inmediatamente amenazados: la paz interior del Estado, la existencia -independencia e integridad- del Estado y la posibilidad de su aseguramiento hacia el exterior; el aseguramiento de la vida y la libertad de la persona, y los derechos del individuo que hay que proteger incondicionalmente". Sin embargo, para él, estas formulaciones siguen siendo un tanto vagas<sup>80</sup>.

Según HIRSCH, la cláusula social defiende que los derechos fundamentales no pueden ser empleados cuando amenacen a bienes jurídicos necesarios para la existencia de la sociedad<sup>81</sup>.

Veremos más detenidamente esta cuestión más adelante, al analizar el conflicto de derechos.

---

las siguientes: SCJ N° 110/1995 del 24 de marzo de 1995, SCJ N° 801/1995, del 16 de octubre de 1995, SCJ N° 235/1997 del 6 de agosto de 1997, SCJ N° 525/2000 del 20 de diciembre de 2000, SCJ N° 162/2002 del 22 de mayo de 2002. SCJ N° 133/2004, del 14 de mayo de 2004, SCJ N° 122/2007 del 10 de agosto de 2007, SCJ N° 127/2010 del 7 de junio de 2010, SCJ N° 185/2013 del 13 de marzo de 2013.

<sup>78</sup> MARTÍNEZ OTERO, Juan Ma., "*La Objeción...*", cit., p.5

<sup>79</sup> MARTIN de AGAR, José T., *Problemas...*, cit., p.18.

<sup>80</sup> ROXIN, *Parte General...*, p.944.

<sup>81</sup> Citado por JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 313.

## **El orden público**

"Bajo el concepto de "orden público" se entiende la totalidad de las reglas no escritas, cuya observación, de acuerdo con las respectivas concepciones sociales y éticas predominantes, se ve como presupuesto indispensable de una ordenada convivencia humana al interior de un territorio determinado"<sup>82</sup>.

Coincido con la opinión mayoritaria en el sentido de que este concepto debe ser interpretado, no como tranquilidad en la calle, sino como exigencia donde se hacen realidad los valores jurídicos del ordenamiento<sup>83</sup>.

## **La ley**

Este límite supone un difícil equilibrio. No es sólo que la autoridad no puede mandar todo, sino que tampoco puede hacerlo una ley<sup>84</sup>. Como dijimos, una decisión de mayorías no necesariamente es sinónimo de lo bueno. Pero también es cierto que el ejercicio de la autoridad no puede someterse en todo a la conciencia de los individuos.

Abundaremos al referirnos a las técnicas de "ponderación" y del "*balancing test*".

En el Uruguay, la limitación a un derecho fundamental sólo puede hacerse por ley por razones de interés general, tal como vimos (art. 7 Co.)

## **El abuso del Derecho.**

El abuso del derecho como límite impropio constituye, para algunos autores, un argumento suficiente para negar carácter de derecho fundamental a la objeción de conciencia. Sin embargo, esta solución es inaceptable. En cualquier caso, ante este problema, el Estado debe buscar otros medios de luchar contra el fraude que le permitan no prescindir de raíz del respeto a la libertad de conciencia, por ejemplo, sanciones civiles, penales y disciplinarias que puedan sobrevenir a la conducta fraudulenta.

La protección constitucional invocada resulta un límite impropio a la aplicación de la norma objetada, porque si bien entra "aparentemente" dentro de la objeción de conciencia, el sujeto pretende utilizar el derecho ejerciéndolo para un interés distinto del constitucionalmente previsto. Al faltar la auténtica motivación en conciencia nos encontramos no ante el derecho de objeción, sino ante otra cosa distinta aunque el sujeto lo llame así<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> SCHWABE, Jürgen, "*Jurisprudencia TCFA*", cit., p. 284.

<sup>83</sup> JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal, La Ley*, Madrid, 2007, p. 325

<sup>84</sup> MARTIN de AGAR, José T., "*Problemas...*", cit., p.1.

<sup>85</sup> LEYRA CURIÁ, S., op. cit., p. 173.

### **La obligación de derivar a un no objetor.**

"No obliga al médico a proponer a un colega que le sustituya, sólo debe respetar la decisión del paciente de acudir a otro. La propuesta de un sustituto no objetor podría suponer una cooperación a una acción que uno considera inmoral, no sólo para sí mismo, sino también para los demás; sería como vivir una doble moral"<sup>86</sup>.

Así, en el caso del aborto, no son los objetores los que han de garantizar la igualdad de acceso y la calidad asistencial de su práctica, sino la Administración sanitaria<sup>87</sup>.

Por lo tanto es de manifiesta ilegalidad, el art. 29 del D. 375/12 que obliga al objetor a derivar a la paciente a otro médico no objetor para que le hagan el aborto: obliga a hacer indirectamente lo que no se quiere hacer directamente.

### **VI. El conflicto de derechos**

No debe verse a la objeción de conciencia como una imposición o prohibición negativa, sino como una afirmación de la verdad, de la naturaleza, de su condición de persona que vive y se desarrolla en sociedad. Si la objeción de conciencia es parte del contenido esencial de un derecho fundamental, "su reconocimiento sirve al interés general que el derecho quiere asumir y proteger y toda la sociedad está muy interesada en el respeto de los derechos individuales de cada uno de los ciudadanos. Por tanto, no estamos ante un problema aritmético de ver si compensa hacer prevalecer el interés de uno o unos pocos, frente a muchos o la inmensa mayoría. Es un problema de calidad democrática y respeto a los derechos individuales básicos: cuando el Estado admite la objeción de conciencia de un particular, está potenciando en beneficio de toda la sociedad ese valor fundamental"<sup>88</sup>.

Este derecho a la objeción de conciencia no debe ser entendido por el poder público como un mal menor, sino como una manifestación más del principio de dignidad de la persona y como una condición *sine qua non* para una convivencia pacífica y respetuosa entre todos los miembros de una sociedad<sup>89</sup>.

En nuestro caso, según el decreto reglamentario de la ley de aborto, 375/2012, parece responsabilizar a los objetores de un hipotético menoscabo del acceso o la calidad asistencial de la prestación. La normativa parece admitir la objeción de conciencia y el disenso con resignación, como quien tolera una amenaza, y no bajo un prisma positivo que valora y defiende el pluralismo existente en nuestras sociedades

---

<sup>86</sup> AGULLES, cit., p. 104.

<sup>87</sup> MARTÍNEZ OTERO, Juan Ma., "La Objeción...", cit., p.12.

<sup>88</sup> LEYRA CURIÁ, op. cit., p. 137, citando a Antonio DEL MORAL.

<sup>89</sup> MARTÍNEZ OTERO, Juan Ma., "La Objeción...", cit., p.13

multiculturales. Cabe esperar que, paulatinamente, ulteriores desarrollos legislativos trasluzcan un mayor respeto hacia la figura del disidente y del objetor, respeto que debidamente ordenado, resulta imprescindible para la pervivencia de una sociedad abierta, plural y verdaderamente democrática<sup>90</sup>.

Es inherente a la personalidad humana el elegir priorizar por sobre el perfeccionamiento físico, su perfeccionamiento moral, ante la eventualidad de un conflicto planteado entre ambos. Por solidaridad un individuo puede querer priorizar su perfeccionamiento moral donando un órgano, aún cuando esta donación sea en desmedro de su perfeccionamiento físico<sup>91</sup>.

Hay veces que el conflicto se da ante situaciones de más fácil solución. Si una mujer invoca su derecho al aborto, se enfrenta a la vida del ser humano en gestación. Pero no es tan claro cuando los padres Testigos de Jehová, se oponen a la transfusión que le salvaría la vida a su menor hijo: debe prevalecer el de la libertad de conciencia de los padres o la vida del hijo?<sup>92</sup>

ASIAÍN lo resuelve de la siguiente forma: "1º Admisión de la objeción invocada por mayores de edad y capaces. 2º La existencia de hijos menores –cargas familiares- no es obstáculo al amparo de la objeción. 3º Consentimiento informado del objetor como requisito previo a la aceptación del planteo. Implica que el objetor conozca cabalmente las consecuencias y riesgos que acarrea el acto médico practicado en ausencia de transfusión. El objetor debe conocer exactamente a qué se atiene tras su objeción y consentir a ello. 4º Inadmisibilidad absoluta del planteo para menores o incapaces, no siendo admisible su invocación por sus representantes legales...

En caso de conflicto entre estos cuatro principios prevalecen ... los de no maleficencia y de justicia, los que constituyen mínimos morales, mientras que los principios de autonomía y beneficencia son máximos morales"<sup>93</sup>.

JESCHECK considera que la actuación por motivos de conciencia supone la contradicción entre una obligación jurídica y una obligación moral, lo que, desde la perspectiva del Derecho Penal, no puede dar lugar a una colisión de deberes<sup>94</sup>.

Para JERICÓ OJER, desde un punto de vista normativo, la colisión deber moral-deber jurídico adquiere sentido en la medida en que dicho deber moral, que va a motivar una serie de comportamientos, goce de una

---

<sup>90</sup> MARTÍNEZ OTERO, Juan Ma., "La Objeción", cit., p. 14.

<sup>91</sup> ASIAÍN, Carmen, "*Habeas conscientiam...*", cit., p. 35.

<sup>92</sup> AGULLES, cit., p. 38.

<sup>93</sup> ASIAÍN, Carmen, "*Habeas conscientiam...*", cit., p. 33-34.

<sup>94</sup> JESCHECK, *Tratado...*, p. 392, al analizar el conflicto de deberes justificante.



garantía o protección jurídica, concretamente la dispensada por el art. 16 CE, lo que en nuestro caso podría ser el art. 54 Co.<sup>95</sup>.

Estamos pues, ante un conflicto entre normas jurídicas, y no ante una norma jurídica y otra moral.

Para ROMEO CASABONA, desde el momento en que el ordenamiento jurídico reconozca a la objeción alguna relevancia jurídica, la cuestión se plantea siempre necesariamente, en términos jurídicos, como la colisión entre un derecho (el de la objeción de conciencia) y un deber (el que viene impuesto con carácter general por el ordenamiento jurídico y es objeto de rechazo<sup>96</sup>.

### **Afectación de derechos de terceros**

Es un buen ejemplo lo que sucede en materia de aborto. "Es imposible encontrar un equilibrio que proteja la vida del *nasciturus* y al mismo tiempo otorgue a la mujer embarazada la libertad de interrumpir el embarazo, ya que la interrupción del embarazo constituye siempre la destrucción de la vida del no nacido. por tanto, en la ponderación que debe realizarse "deben considerarse ambos valores en su relación con la dignidad humana, la cual constituye el punto central del sistema de valores de la Constitución" (bVerfGE 35, 202 [225]). Tomando el Art. 1, párrafo 1 de la ley fundamental alemana como referente, la decisión debe conceder preferencia a la protección del derecho a la vida del embrión, frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada. Ciertamente, algunas de las posibilidades de desarrollo personal pueden verse afectadas por el embarazo, el parto y la educación de los hijos. En cambio, mediante la interrupción del embarazo la vida del no nacido es destruida, afectándose sin duda el *contenido esencial* del derecho mismo. Siguiendo el principio del más moderado equilibrio, cuando concurren posiciones protegidas constitucionalmente, considerando el principio del Art. 19, párrafo 2 de la ley Fundamental debe concederse a la protección del *nasciturus* la preeminencia. Esta preferencia perdura fundamentalmente durante todo el tiempo del embarazo, y no puede ser puesta en entredicho durante un periodo determinado"<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 149.

<sup>96</sup> ROMEO CASABONA, Carlos M<sup>a</sup>, *El Derecho a la objeción de conciencia*, en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, BRUYLANT, 1997, p. 1310.

<sup>97</sup> SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia TCFA*, cit., p. 166.

### **Contenido esencial**

La esencialidad de un derecho es aquello que "le es absolutamente necesario para que los intereses jurídicos que le dan vida resulten real, concreta y efectivamente protegidos"<sup>98</sup>.

Según ha dicho el Tribunal Constitucional español se reconocen tres cosas. "Primero: el contenido esencial de un derecho comprende aquellos elementos mínimos que lo hace reconocible, que impiden su desaparición o su transformación en otra cosa.

Segundo: que para la determinación del contenido esencial no basta acudir a la Constitución sino que ha de indagarse en las convicciones generalmente admitidas entre los juristas.

Tercero: que el contenido esencial es un concepto absoluto y no relativo, es decir, cualquiera que fueren las circunstancias para la limitación de ese derecho, éste ha de conservar siempre sus rasgos esenciales".

La STC español 11/1981 estableció que "El contenido esencial puede determinarse también complementariamente a partir de lo que se llama los intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección"<sup>99</sup>.

Si no puede existir libertad de conciencia sin posibilidad de acción, y si la objeción es una manifestación de esa libertad en oposición a una norma, la objeción de conciencia es una consecuencia o derivación de la libertad de conciencia y, por lo tanto, constituye una especificación de ésta. Más exactamente, es el nombre que cabe atribuir a la libertad de conciencia cuando se enfrenta o entra en conflicto con deberes jurídicos. Es pues una parte o contenido esencial de la libertad de conciencia cuya naturaleza indudablemente es de derecho fundamental. Y como la parte goza de la naturaleza del todo, ontológicamente, la objeción de conciencia también es un derecho fundamental.

Así lo reconoció la Comisión de Derechos Humanos de la ONU al ubicar a la objeción de conciencia como derivado de la libertad religiosa u otras creencias, de conciencia y de pensamiento<sup>100</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Recomendación de 1998 referida al servicio militar dijo que "toma nota de las sugerencias emanadas de otros organismos internacionales, en el sentido de que los

---

<sup>98</sup> LEYRA CURIÁ, S., p. 152, citando a PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*.

<sup>99</sup> LEYRA CURIÁ, S., *ibidem*.

<sup>100</sup> Resolución 1989/59 de 8 de marzo; Resolución 1995/83 de 8 de marzo y Resolución 1998/77 de 22 de abril, cit. por LEYRA CURIÁ, S., *op. cit.*, p. 153, y Observación General n° 22 referida al art. 18 del Pacto aprobada en el 48° período de sesiones (1993), con referencia al servicio militar.

Estados deben implementar en forma efectiva el derecho a libertad de conciencia y religión mediante modificaciones legislativas que contemplen excepciones en casos de objeción de conciencia<sup>101</sup>.

Como dice ASIAÍN, "el verdadero desafío planteado por el reconocimiento del derecho de objeción de conciencia y su amparo implica que yo Estado o aplicador del Derecho respeto y debo respetar en primer lugar al ser humano (PERSONA), que en tanto tal tiene derecho (subjetivo) a buscar la verdad (Declaración de Philadelphia) y en ese camino adherir a una convicción. La petición de acuerdo no es con los motivos aducidos, sino con el respeto por la dignidad humana. Compartiéndose la premisa del respeto por el hombre en cuanto tal –ser humano con conciencia y voluntad libres, con una dimensión trascendente-, de ella se derivará el respeto por su conciencia moral, que privilegia el axioma moral que su fuero íntimo le impone, en el acierto o en el error. No se exige acuerdo con la conciencia ajena, sino respeto por ella"<sup>102</sup>.

En el mismo sentido se expresa el Tribunal Constitucional Federal Alemán: "las leyes no deben violar el principio de la dignidad humana, que es el valor más importante de la ley fundamental, como tampoco podrán restringir la libertad espiritual, política y económica de los seres humanos, en modo tal que se vean afectados en su contenido esencial (Art. 19, párrafo 2, Art. 1, párrafo 3, Art. 2, párrafo 1 de la ley Fundamental). Esto da lugar a que, por virtud de la Constitución, el ciudadano individual tenga reservada una esfera para la estructuración de su vida privada, y que también exista un último ámbito inviolable de libertad humana, sustraído por completo a toda influencia del poder público. Una ley que intervenga en éste no podrá ser parte del "orden constitucional"; deberá ser declarada nula por el Tribunal Constitucional Federal"<sup>103</sup>.

"Al Estado se le ha negado la posibilidad de ejercer, a través de una inspección total, una intromisión de este tipo en la esfera de la personalidad, porque los individuos, para desarrollar su personalidad libre y responsablemente, deben conservar un "espacio interior", en el que "se posean a sí mismos" y "al que se puedan retirar, sin que el entorno tenga acceso, en el que se pueda permanecer en paz, y gozar de su derecho a la soledad" (WINTRICH, *Die Problematik der Grundrechte*, 1957, p. 15 y ss.; véase también DÜRIG, en MAUNZ-DÜRIG, *GG*, 2ª ed., núm. 37 sobre el Art. 1)"<sup>104</sup>.

"Considerar la objeción de conciencia como una excepción a la regla general de obediencia, desvirtuaría en sí misma la idea de libertad que debe existir en una democracia sana. El contenido esencial del derecho se vería

---

<sup>101</sup> LEYRA CURIÁ, S., op. cit., p. 191.

<sup>102</sup> ASIAÍN, Carmen, "*Habeas conscientiam...*", cit., p. 16

<sup>103</sup> SCHWABE, Jürgen, "*Jurisprudencia TCFA*", cit., p. 59.

<sup>104</sup> SCHWABE, Jürgen, "*Jurisprudencia TCFA*", cit., p. 93.

afectado de tal manera, que la libertad de conciencia dejaría de ser un derecho exigible para pasar a ser un beneficio otorgado"<sup>105</sup>.

Para PRIETO la objeción de conciencia también forma parte del contenido esencial de las libertades de conciencia y de religión<sup>106</sup>.

### **Constitución y ley**

Según el Tribunal Constitucional alemán, "Los límites a la libertad de culto –como a la libertad artística (véase bVerfGE 30,173 [193])– sólo pueden estar determinados en la misma Constitución"<sup>107</sup>.

"El derecho a la libertad de credo, garantizado por la ley Fundamental, no puede ser relativizado ni por el derecho ordinario ni mediante una cláusula indeterminada de ponderación de los bienes jurídicos. Sus límites sólo pueden ser fijados por la Constitución misma, esto es, de conformidad con los criterios del orden de valores y atendiendo a la unidad de ese sistema de valores fundamental (bVerfGE 12,1 [4]; 32, 98 [108])"<sup>108</sup>.

En nuestro país, "Compete al legislador regular para hacer efectiva la libertad de conciencia mediante ley, no obstaculizarla: "La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral." (Art. 54 de la Constitución)...

"Su limitación sería ineficaz y los derechos negados por ley podrían ser ejercidos a pesar de ella, en tanto los derechos inherentes a la personalidad humana son derechos adquiridos aún frente al poder constituyente, ya que "la Constitución no los crea, sino que simplemente declara su existencia, que es anterior a la Constitución misma"...

"Hasta se ha sostenido que ante un atropello de derechos fundamentales como éste, ni siquiera es menester transitar la vía de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de los arts. 256 a 261 de la Constitución, dado que ésta procede cuando es lesionado un "interés directo, personal y legítimo", y que cuando lo lesionado es un derecho subjetivo perfecto como en este caso-, "la Constitución no admite ninguna limitación legal de un derecho subjetivo", ya que son éstos "derechos subjetivos perfectos frente al legislador y no meros intereses legítimos, ya que el legislador carece de potestad para limitar o condicionar su ejercicio a requisitos no mencionados por el constituyente". Por lo tanto, "no necesitaría ser impugnada según el artículo 258: los derechos negados por ley podrían ser

---

<sup>105</sup> LEYRA CURIÁ, S., op. cit., p. 161, citando a MORENO RANGEL, C.H., "La objeción de conciencia y su aplicación al supuesto del aborto".

<sup>106</sup> PRIETO, V., "La objeción de conciencia...", cit., p.5

<sup>107</sup> SCHWABE, Jürgen, "Jurisprudencia TCFA", cit., p. 167

<sup>108</sup> SCHWABE, Jürgen, "Jurisprudencia TCFA", cit., p. 173

ejercidos a pesar de ella, porque no tendría poder suficiente como para enervarlos.<sup>109</sup>,

"El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manda a los Estados a un hacer positivo en pro de hacer efectivo el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades proclamados, en su art. 2 citado. No alcanza, entonces, para el cumplimiento de los estándares mínimos de este derecho, que el Estado simplemente se abstenga de interferir, sino que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos le impone un deber positivo: ha de garantizar –no limitar- el ejercicio de la libertad de conciencia, en este caso, lo que en el actual estadio de la evolución de las instituciones jurídicas se ejerce individual y colectivamente mediante el mecanismo de la objeción de conciencia, sin cortapisas".

"Lejos de establecer limitaciones ilegítimas a una libertad humana fundamental, el legislador debió haber adoptado medidas para asegurar a las personas el pleno goce y ejercicio de la libertad de conciencia, de conformidad con el mandato de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que impone a los Estados el "*Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*" para efectivizar los derechos y libertades (art. 2)"<sup>110</sup>.

"Es más, analizando la doctrina jurisprudencial establecida por el Pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al control de convencionalidad, el Profesor Eduardo ESTEVA la sintetiza así: "Los jueces y tribunales internos del Poder Judicial de un Estado que ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en oportunidad de aplicar las normas jurídicas internas al caso concreto, deben cotejarlas con la Convención, así como su interpretación realizada por la Corte I.D.H. por ser el intérprete último de la misma, asegurando que los efectos de la Convención no se vean menoscabados por las normas jurídicas internas, que si contrarían en su objeto y fin la Convención, carecen desde el inicio de efecto jurídico."<sup>111</sup>

"Más aún, a los efectos de facilitar el ejercicio de estas libertades del espíritu, la Convención Interamericana de Derechos Humanos previó la disponibilidad dentro del derecho interno de cada Estado, de medios

---

<sup>109</sup> CASSINELLI MUÑOZ, H., *Responsabilidad del Estado por Lesión del Interés Legítimo*, en 4º Coloquio sobre Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción y *El Interés Legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución Uruguaya*, en Perspectivas del Derecho Público en la Segunda mitad del Siglo XX, Estudios de Homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso, T. III, citado por ASIAIN, Carmen, "*Limitación...*" cit, p. 134, 135.

<sup>110</sup> ASIAIN, Carmen, "*Limitación...*", cit., p. 138-139.

<sup>111</sup> ESTEVA GALLICCHIO, E., *El control de convencionalidad en Uruguay*, en Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, págs. 6-9, citado por ASIAIN, Carmen, "*Limitación...*", p. 140.

procesales para garantizar la tutela jurisdiccional efectiva en su Art. 25 sobre Protección Judicial, concibiendo el derecho a un recurso sencillo y rápido ... efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” En sede del derecho fundamental de libertad de conciencia, este recurso sencillo y rápido ... efectivo es indubitablemente la objeción de conciencia”<sup>112</sup>...

"Este derecho internacional citado es parte de nuestro Derecho por haberlo suscrito y ratificado nuestro país. Como tal, es vinculante y directamente aplicable por sí *-pacta sunt servanda-* y por haberlo así incorporado nuestra Constitución por virtud del artículo 72 que tiene por incluidos en la Carta todos aquellos derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno, que cuando se recogen en preceptos “que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas”, se hacen directamente aplicables por virtud del art. 332 constitucional. Así, la Suprema Corte de Justicia ha entendido por sentencia N° 365/09 que los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales poseen jerarquía constitucional y son directamente aplicables.”<sup>113</sup>

Al contrario, en Italia, específicamente, el Tribunal Constitucional ha declarado en repetidas ocasiones (STC n° 58 06/07/60, STC n° 117 10/10/79, STC n° 422 03/12/93), que la objeción de conciencia no es un derecho constitucional directamente ejercitable, sino que para su licitud es necesario un reconocimiento legislativo previo. Así, explícitamente, en la sentencia n° 164 06/05/85 se argumenta que la ley es la que otorga reconocimiento a la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico<sup>114</sup>.

### **Interpositio legislatoris**

"Siendo la objeción de conciencia el instituto jurídico hábil e idóneo para el efectivo goce y ejercicio de la libertad de conciencia en casos de conflicto entre ésta y la norma jurídica, no requiere de habilitación legal para poderse esgrimir. Por ello, la *interpositio legislatoris*, es decir, la reglamentación de la objeción de conciencia que pudiera hacer el legislador, y que jamás podrá restringirla ilegítimamente ni menos aún negarla, no constituye un presupuesto necesario para el nacimiento del derecho, que es preexistente y podrá ejercerse aún a falta de la reglamentación respectiva, sino que en

---

<sup>112</sup> ASIAIN, Carmen, "*Limitación...*", p. 139.

<sup>113</sup> ASIAIN, Carmen, "*Limitación...*" cit, p.140.

<sup>114</sup> BETTETINI, Andrea, "*Objeción de conciencia al aborto*", p. 7.

todo caso la *interpositio legislatoris* puede ser útil para regular el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia"<sup>115</sup>.

En el mismo sentido, dice LLAMAZAREZ FERNÁNDEZ que "la función de la *interpositio legislatoris* no es el reconocimiento de un derecho, sino su regulación en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia, de manera que el derecho existe con o sin *interpositio*, pero sólo despliega su plena virtualidad y eficacia con la norma de desarrollo"<sup>116</sup>.

En nuestro caso, la objeción de conciencia es de aplicación inmediata, con apoyo en la misma Constitución, y no requiere por tanto la *interpositio legislatoris*<sup>117</sup> (art. 332).

El Tribunal Constitucional Español ha tenido una jurisprudencia variable. Por su parte, la STC 53/1985, F.J. 14º, afirma: "por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, cabe decir que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación.

En las últimas sentencias, en cambio, el Tribunal argumenta que no puede hablarse por tanto de un derecho fundamental a la objeción de conciencia, sino que éste se configura como un derecho constitucional autónomo, que precisa para su ejercicio de la *interpositio legislatoris*, del reconocimiento expreso del Legislador<sup>118</sup>.

Podría interpretarse que en caso de leyes que regulan la objeción de conciencia, son concreciones expresas y ejemplificativas del derecho más general a la objeción de conciencia, emanación del derecho fundamental reconocido en el art. 54 de nuestra Constitución<sup>119</sup>.

### **La tesis de la ponderación**

Para ROMEO CASABONA aquí es donde radica el núcleo del alcance del derecho a la objeción de conciencia<sup>120</sup>.

Partimos de la base de que hay efectos positivos en la objeción de conciencia. Si bien aparece como una relajación hipotética de la normativa en aras a un respeto al hombre, «produce un enriquecimiento positivo del ordenamiento jurídico: humaniza el derecho, obliga al Estado a no imponer su ideología, respeta no ya a las minorías sino al hombre individual, atrae otras axiologías distintas a la dominante para trascender de lo formalmente legítimo a lo materialmente justo»<sup>121</sup>.

---

<sup>115</sup> ASIAIN, Carmen, "Limitación..." cit, p.15, con comentario y cita de NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN, con referencia a la sentencia STC español 15/82.

<sup>116</sup> Citado por LEYRA CURIÁ, S., cit., pág. 154, remitiendo a su obra "Derecho de libertad de conciencia".

<sup>117</sup> PRIETO, V., "La objeción de conciencia...", cit., p.28

<sup>118</sup> MARTÍNEZ OTERO, Juan Ma., "La Objeción...", cit., p.8.

<sup>119</sup> LUZÓN PEÑA, D. M., cit., p. 6.

<sup>120</sup> ROMEO CASABONA, *El derecho a la objeción de conciencia*, cit., p. 1327.

<sup>121</sup> JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 241

El sistema jurídico alemán adoptó una técnica de ponderación de derechos que se basa en tres principios básicos: 1) el principio de idoneidad o adecuación; 2) el principio de necesidad y 3) el principio de ponderabilidad o prohibición en exceso. El juez aplicador deberá utilizarlos de manera escalonada.

Según el principio de idoneidad, deberá verificar si la acción del objetor supone realmente una restricción a un derecho fundamental de un tercero.

Luego, según el criterio de necesidad habrá de verificar si no hay otra manera de ver satisfecha las pretensiones de las partes sin necesidad de restringir el derecho de ninguna.

Por último, en caso de concluir que existe la necesidad imperiosa de limitar el derecho ajeno, habrá de estudiarse el grado de sacrificio que se exige al bien jurídico que debe ceder.

"En el caso del tercero no objetor, más bien se debería demostrar que los intereses frustrados de éste son lo suficientemente relevantes para autorizar el sacrificio de la libertad de conciencia, esto es, que comprometa la autonomía, la inviolabilidad o la dignidad de la persona y que no cuente con el consentimiento de ésta"<sup>122</sup>.

"El juez, si bien no está obligado a pronunciarse a favor de la preeminencia de ningún derecho, sí lo está a realizar la ponderación de éstos. Esta ponderación, deberá realizarse atendiendo a la esencialidad del bien jurídico protegido, a la naturaleza del deber incumplido y la reversibilidad de la lesión que tal incumplimiento produce"<sup>123</sup>.

Para ROXIN no procede siempre la ponderación, porque la conciencia debe ceder ante determinados delitos. Así, no puede anteponerse si se afecta la existencia (independencia e integridad) del Estado, su seguridad y sus supremos principios constitucionales. Por lo tanto, quien comete por ejemplo el delito de traición por razones de conciencia, o pone en marcha una subversión, o perpetra atentados terroristas para destruir el sistema, no puede invocar la norma constitucional que reconoce la libertad de conciencia. En efecto, dicho reconocimiento es sólo en el marco del Estado para el que está creada; "la hipótesis de que la Constitución hubiera preprogramado su propia derogación mediante la tolerancia de delitos contra la seguridad del Estado es absurda"<sup>124</sup>.

Con respecto a los demás delitos contra la colectividad y la persona, sí procederá hacer una ponderación. Pone un ejemplo muy ilustrativo: alguien que está obligado a vacunarse, no quiere hacerlo por razones religiosas. Dice que en estos casos se podrá renunciar a una pena, pues la cifra de personas que se niegan a vacunarse es estadísticamente baja, y la ausencia

---

<sup>122</sup> LEYRA CURIA, op. cit., p. 185, citando a GASCÓN ABELLÁN, M., "*Obediencia al derecho y objeción de conciencia*".

<sup>123</sup> Ibidem, citando a SORIANO, R., "*La desobediencia civil*".

<sup>124</sup> ROXIN, Parte General..., p.946



de vacunación en estas pocas personas no pone en peligro la salud pública. Sin embargo, si fueran amplios sectores de la población los que se niegan a vacunarse, se habrá de imponer el cumplimiento del deber de vacunarse también frente a sujetos que invocan motivos de conciencia, pues el Estado no puede privilegiar a personas o grupos particulares a costa de la vida y la salud de otros<sup>125</sup>.

Cuando el sujeto que actúa por motivos de conciencia afecta bienes jurídicos individuales, por regla general vulnera derechos fundamentales de otros (vida, integridad física, libertad, propiedad, etc.). En tal caso, debe deducirse de una ponderación qué derecho fundamental goza de preeminencia<sup>126</sup>.

Discrepa con PETERS cuando postula "dejar impune la omisión por razones de conciencia también para el caso en que la misma cuesta vidas humanas. Los padres que dejan morir a su hijo pequeño porque su concepción religiosa les prohíbe permitir que se practique una transfusión sanguínea, y el médico que abandona a la muerte a la embarazada porque no puede conciliar la interrupción del embarazo salvadora con su conciencia, deben ser por tanto castigados. Pues tales sujetos privan a su víctima, con la vida, de todos sus demás derechos fundamentales, incluida la libertad de puesta en práctica de la conciencia; la ponderación debe resolverse por tanto en su contra"<sup>127</sup>.

En este último supuesto del aborto, cabe hacer una distinción más, aplicando el principio ético del voluntario indirecto. En efecto, el médico no puede tener la intención directa de matar al feto. Al contrario, tiene la obligación de salvar a la madre y al hijo al mismo tiempo<sup>128</sup>. Si en el intento, fracasa y muere alguno de los dos, esta muerte no le será imputable moralmente. No hay dolo porque la intención no se ajusta al resultado muerte, y tampoco hay culpa porque el resultado se previó y puso todos los medios para evitarlo, actuando de manera prudente, perita y diligente<sup>129</sup>.

Sin embargo, no significa lo dicho por ROXIN que cualquier hecho realizado por motivos de conciencia que repercuta en bienes jurídicos individuales penalmente protegidos deba ser castigado, sino que puede tener lugar la exención de pena allí donde no se menoscaban o sólo se menoscaban de forma periférica la libertad u otros derechos fundamentales

---

<sup>125</sup> Idem, p. 947.

<sup>126</sup> Ibidem.

<sup>127</sup> "Cualquier otra concepción pondría los derechos fundamentales a disposición del individuo y daría a éste mayores posibilidades de ingerencia que las que tiene el Estado; tal derogación del orden jurídico-constitucional no es siquiera discutible". ROXIN, ibidem, p. 948.

<sup>128</sup> L. 18.987 art. 6°.

<sup>129</sup> BAYARDO BENGOA, *Derecho Penal Uruguayo*, T. II, 3a. Ed., UdelaR, 1978, p.107.

de otro. En tal sentido, una ponderación puede conducir a la retirada de la protección jurídico penal de un derecho cuando el sujeto que actúa por motivos de conciencia no niega como tal la libertad de acción del otro protegida como derecho fundamental, sino que, en su cargo o conflicto de conciencia, solo afecta, pasajeramente los derechos de otros. Pone el ejemplo de quien toma una bicicleta ajena para no perderse un servicio religioso, con ánimo de devolverla inmediatamente después. Según él, el orden de derechos fundamentales garantizado por la Constitución permanece como tal intacto, no existen objeciones a permitir que el ejercicio de la libertad de conciencia produzca efectos eximentes de pena en tales casos<sup>130</sup>.

### **Balancing test**

En el sistema norteamericano se ha desarrollado un mecanismo análogo conocido como "*least restrictive means*" (medios menos restrictivos)<sup>131</sup> introducido por el Tribunal Supremo en el caso *Sherbert v. Verner* en la década de los 60, y en Canadá del "*minimal impairment*" (perjuicio mínimo)<sup>132</sup>.

"Será precisa una labor de ponderación de alguna forma paralela a la que estamos habituados a realizar en otros campos de colisión entre varios derechos fundamentales o principios jurídicos: muy familiar es el territorio del sacrificio de derechos fundamentales en el proceso penal para alcanzar los fines de éste consistentes en la represión de los delitos (legalidad, necesidad, proporcionalidad, jurisdiccionalidad en algunos casos). O, también, el inacabado e inacabable debate sobre las fronteras de la libertad de expresión y de información: en este campo también la doctrina ha construido un test triple para resolver el conflicto: si la información es veraz (test de veracidad), necesaria desde el punto de vista de la formación de la opinión pública libre (test de necesidad) y formalmente proporcionada (test de proporcionalidad), habrá que dar prevalencia a la libertad de información<sup>133</sup> ...

"Los españoles NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN van más allá aún en este análisis de la legitimidad de la limitación de la libertad de conciencia, relevando desde la jurisprudencia (fundamentalmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), lo que tildan como la regla áurea en casos de conflictos de conciencia: la adaptación razonable. Según esta regla áurea, el Estado está obligado a buscar una adaptación (*accomodation*) de la norma a los deberes de conciencia del ciudadano,

---

<sup>130</sup> ROXIN, cit., p. 949.

<sup>131</sup> Esto cambió con el caso *Smith* en 1990, a partir del cual hay una tendencia a exigir que sea el legislador quien defina el conflicto.

<sup>132</sup> El último caso jurisprudencial más significativo es *Multani*, 2006.

<sup>133</sup> LEYRA CURIÁ, op. cit., p. 138.

salvo que esto suponga un gravamen excesivo (*undue hardship*) para los poderes públicos, o para el empleador, en el caso de relación laboral. De modo que habrá de buscarse aquel modo de aplicar la norma que resulte menos lesivo para la conciencia del objetor (*least restrictive means*) o (*minimal impairment*). Ello implica para el Estado, pero también para el intérprete o aplicador del Derecho, hacer la intelección y aplicación de la norma legal o el contrato laboral, de manera de permitir la máxima adaptación posible a las obligaciones morales alegadas por los objetores. Ya que el derecho a desobedecer [o ser eximido del cumplimiento] de la ley es simplemente una característica de todos los derechos morales y no puede ser teóricamente negado sin negarse la existencia de estos derechos. En el caso de la objeción al aborto, será el Estado el obligado (inversión de la carga de la prueba) a buscar –acomodar, adaptar- soluciones alternativas que permitan al objetor ejercer su libertad de conciencia, mediante el recurso a otros facultativos u otras instituciones no objetores. El recurso a otros facultativos no objetores probará no ser un gravamen excesivo para el Estado, que es el encargado de organizar el servicio y de ejecutar y hacer ejecutar la ley de aborto"<sup>134</sup>.

De modo general, en los E.U.A. los tribunales aplican a estos conflictos de intereses el llamado *balancing test*, según el cual, ante una restricción real y efectiva de la libertad de conciencia, debe demostrarse un interés ineludible y prevalente del Estado (*compelling state interest*) que la justifique. “En otras palabras: se hace una valoración comparativa del daño que sufriría el interés buscado por la norma si se concede la exención, con respecto al daño que sufre el derecho de libertad religiosa cuando se impone compulsivamente una conducta a la persona, o cuando la persona es discriminada al ser privada de un beneficio por razón de su objeción de conciencia contra un comportamiento. Si el interés concreto intentado por la norma positiva se considera prevalente -*compelling, overriding*-, se deniega la solicitud del objetor, considerando, en el fondo, que no existe discriminación religiosa, sino simplemente limitabilidad del ejercicio personal de la libertad de religión por causa de un interés legislativo superior”<sup>135</sup>.

Para considerarlo prevalente habrá de demostrarse también que no puede lograrse a través de otros medios menos restrictivos o lesivos de la libertad infringida. En el caso de que el demandado no logre demostrar ese interés estatal, o que exista un medio menos restrictivo para la libertad, el litigio se fallará a favor del objetor”<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> ASIAIN, Carmen, "Limitación..." cit, p.145.

<sup>135</sup> MARTIN de AGAR, José T., *Problemas...*, cit., p.21 citando a MARTINEZ-TORRÓN, *La objeción de conciencia en la jurisprudencia*.

<sup>136</sup> LEYRA CURIÁ, S., p. 166, citando a PALOMINO "Las objeciones de conciencia".

## Las personas jurídicas

Es necesario tutelar los derechos constitucionales fundamentales de las personas jurídicas, no *per se*, sino en tanto son vehículo para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales. Protegiendo a las personas jurídicas se protege a las personas naturales que las integran o, más aún, que dependen de ellas.

Otros derechos constitucionales fundamentales, sin embargo, las personas jurídicas los poseen directamente: es el caso de la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, la libertad de asociación sindical; el debido proceso, al honor, entre otros”<sup>137</sup>.

“La persona jurídica no es titular de los derechos inherentes a la persona humana, es cierto, pero sí de derechos fundamentales asimilados, por razonabilidad, a ella. No tiene el derecho a la vida, pero sí al respeto a su existencia jurídica. Igualmente, se encuentra que por derivación lógica, por lo menos, es titular de derechos constitucionales fundamentales, los cuales se presentan en ella no de idéntica forma a como se presentan en la persona natural. Como ejemplos se citan expresamente –con las oportunas matizaciones en relación con los derechos de las personas físicas- los derechos a la libertad, a la propiedad, a la igualdad, al buen nombre, al debido proceso, a la honra, a la libre asociación y a la libre expresión”<sup>138</sup>.

“El hombre es un ser entitativamente social. Hace cosas con otros. Por eso, los derechos y libertades constitucionales y fundamentales que poseen las personas individuales se transmiten a las entidades que ellas conforman cuando, ejerciendo el derecho a asociarse con fines útiles, se reúnen para realizar mediante esas personas jurídicas tareas comprendidas dentro de aquellos derechos”<sup>139</sup>.

En especial, las denominadas empresas u organizaciones de tendencia, que se caracterizan por la presencia de tres elementos fundamentales: son manifestaciones del pluralismo ideológico; son cauces o instrumentos a través de los cuales se exteriorizan derechos fundamentales de la persona; y, en tercer lugar –lo más importante-, “sirven de soporte para una actividad dirigida, directa y predominantemente, a la difusión de un determinado sistema de valores, creencias e ideas”<sup>140</sup>.

"Las empresas de tendencia, al depender esencialmente del ideario que las funda, buscan expresar institucionalmente una determinada ideología o ideario, máximamente relevante en su organización y estructura. La

---

<sup>137</sup> PRIETO, V., "La objeción de conciencia...", cit., p.42

<sup>138</sup> PRIETO, V., "La objeción de conciencia...", cit., p.46

<sup>139</sup> F. TOLLER, "El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones", p. 168, citado por PRIETO, V., "La objeción de conciencia...", cit., p.54.

<sup>140</sup> PRIETO, V., "La objeción de conciencia...", cit., p.60.

protección jurídica de este ideario es una consecuencia importante del pluralismo propio de las sociedades democráticas"<sup>141</sup>.

En el caso del aborto, si se clasifica como un servicio público de salud, lo lógico es que sea en las entidades públicas, en primer lugar, donde tengan lugar esas intervenciones. La ineficiencia del Estado para prestar lo que considera un servicio de salud (el aborto) no puede ser pagada por entes privados a costa de su propio ideario<sup>142</sup>.

### **VII. Participación directa o indirecta**

"Si los actos preparatorios son necesarios para la intervención abortiva, resulta razonable que el personal sanitario afronte un conflicto de conciencia ante su deber de realizarlos. Pensemos por ejemplo en la tarea del anestesista o del personal que realiza las ecografías que preparan de modo inminente la realización del aborto: *stricto sensu*, su función no tiene nada que ver con el posterior aborto, mas su concurso sí puede estimarse necesario"<sup>143</sup>.

Una corte de distrito de Indiana, en el caso *Tramm*<sup>144</sup>, entendió ilícito el despido de la enfermera *Tramm* fundado en que se había opuesto a la preparación del instrumental para realizar abortos y a manejar contenedores con restos fetales tras la realización de prácticas abortivas. La corte entendió que esas tareas son acciones necesarias tanto antes como después del procedimiento abortivo.

También se otorgó protección al inspector de Hacienda que se niega a calificar peticiones de exención de impuestos presentadas por organizaciones abortistas<sup>145</sup>.

La posibilidad de objeción debe cobijar no sólo a los médicos y al personal médico auxiliar, sino también a los directivos y a los jefes de servicio<sup>146</sup>.

"El camino no es por tanto el de establecer cuál cooperación es más o menos intensa, más próxima o más lejana, para "permitir" la objeción en función de estos criterios. De acuerdo con SIEIRA MUCIENTES, "que el conflicto de conciencia parezca extravagante o remotamente conectado con el aborto a ojos de un observador externo no es motivo para desproteger el comportamiento motivado en conciencia. Está en juego la integridad moral de un ser humano y su dignidad como tal en el sentido más pleno de la

---

<sup>141</sup> PRIETO, V., "*La objeción de conciencia...*", cit., p.80.

<sup>142</sup> En este sentido, es ilustrativo el caso "Portillo", suscitado en la jurisprudencia argentina, que obligó a que la institución objetora abonara el aborto en otra institución particular, a pesar de que había derivado a la madre a un hospital público. Cita on-line: AR/JUR/70374/2012.

<sup>143</sup> MARTÍNEZ OTERO, Juan Ma., "*La Objeción...*", cit., p.11

<sup>144</sup> U.S. Dist. Lexis 16.391, cit en LEYRA CURIÁ, cit., p. 210.

<sup>145</sup> PRIETO, V., "*La objeción de conciencia...*", cit., p.62

<sup>146</sup> PRIETO, V., "*La objeción de conciencia...*", cit., p.75

palabra. Y en nuestra opinión, si se permite la desprotección de una creencia porque parece irrazonable, será difícil evitar otras descalificaciones de actitudes de conciencia no tan irrazonables, quizá, por motivos de pura conveniencia política. Un problema posterior será el de su limitación, si es que el comportamiento en conciencia causa un daño desproporcionado, pero este análisis no debe adelantarse al plano de la justificación ni al de la titularidad del derecho"<sup>147</sup>.

El grado de cooperación con la acción abortiva puede ser por tanto diverso. "Sin embargo, insistimos, desde el punto de vista de la objeción de conciencia lo definitivo es valorar si la conducta concreta genera un grave conflicto interior en la persona. En caso afirmativo, estamos en presencia de las condiciones necesarias para que opere el derecho a la objeción"<sup>148</sup>.

### **VIII. Requisitos**

#### **Con condición o no.**

"La objeción de conciencia puede ser reconocida por el Estado de dos modos: condicional o incondicionalmente. El reconocimiento incondicional se da "cuando la ley atribuye eficacia jurídica a la simple declaración objetora, con independencia de las razones en que se funde y en base exclusivamente a la convicción individual expresada en la manifestación externa de la objeción"; sería el caso de la objeción de conciencia a la realización de un aborto por parte del médico. El reconocimiento condicional, en cambio, supone un sometimiento al juicio de la autoridad, que "comprueba la admisibilidad y sinceridad de las razones alegadas por el objetor"; por ejemplo la clásica objeción de conciencia al servicio militar"<sup>149</sup>.

Un caso de objeción de conciencia condicionada podría ser el del médico objetor que no quiere realizar el aborto, pero debe llevar a la madre a otro médico para que se lo haga"<sup>150</sup>.

#### **Conflicto con una norma de conciencia.**

Como dijimos: "¿Qué hay que entender por imperativo de conciencia? Se trata de un motivo serio y de calado que revista importancia para la integridad o identidad del sujeto, y que puede ser de distinta naturaleza: axiológica, religiosa, ideológica, filosófica, moral, etc. No estamos pues

---

<sup>147</sup> PRIETO, V., "La objeción de conciencia...", cit., p.77

<sup>148</sup> PRIETO, V., "La objeción de conciencia...", cit., p.79

<sup>149</sup> AGULLES, cit., p. 39.

<sup>150</sup> Art. 29 D. 375/2012. MENDOZA, Juan Francisco, *Alcances penales...*, p. 158.

ante un capricho del ciudadano, ni ante una decisión fruto de un cálculo de mera utilidad"<sup>151</sup>.

Si la objeción aparece en declaraciones internacionales de derechos y en constituciones democráticas es porque se la entiende como una discrepancia jurídica entre dos conceptos de justicia. De ahí que en un sistema liberal se deba abrir un cauce para que la delimitación de exigencias jurídicas que la minoría hace propias, no se vea anulada por la de la mayoría, en la medida que tal excepción sea compatible con la estabilidad de la convivencia. Son dos concepciones del derecho, y no la contraposición entre derecho y moral, las que están en juego.

### **Conducta exigida al objetor.**

"Puede consistir en un dar (pagar impuestos cuyo destino sea fines bélicos), en un hacer positivo (prestar servicio militar, trabajar en sábados, practicar un aborto dispuesto por la autoridad hospitalaria), en un hacer pasivo (recibir educación formal, recibir determinados contenidos educativos), o en no hacer (prohibición de uso de velo islámico u otros símbolos religiosos en ámbitos públicos)"<sup>152</sup>.

### **Existencia de un deber jurídico.**

La fuente de la obligación será la Constitución, la ley, el reglamento, un acto administrativo particular, hasta una orden o directiva dada en el marco de una relación jerárquica. El caso de la sentencia merecería un análisis particular, por su calidad de cosa juzgada<sup>153</sup>.

La obligación impuesta al particular sirve al interés de un tercero (un derecho individual; el aborto) o de la colectividad (un interés público; vacunarse), y de ahí puede surgir el conflicto de derechos, lo que impone una necesaria ponderación como método.

### **Clara desobediencia Jurídica**

El comportamiento contrario a la norma debe ser manifestado claramente. No alcanza con insinuaciones o situaciones ambiguas. No importa que sea antes, durante o después, pero debe ser una actitud clara.

Se caracteriza por ser "i. calificada: No activa, como en una revolución contra el *statu quo*, o como en el ejercicio del derecho de resistencia ante el despotismo, sino pasiva; ii. No colectiva, como en la instigación pública a desobedecer las leyes, sino individual; iii. Su fin se agota en el ejercicio de la objeción: no cumplimiento de la conducta debida. Se distingue en este sentido de la desobediencia civil, en cuanto infracción sistemática de la ley

---

<sup>151</sup> MARTÍNEZ OTERO, Juan Ma., "La Objeción...", cit., p.6; GONZÁLEZ CIFUENTES, Natalia, "Objeción de Conciencia...", cit., p.7.

<sup>152</sup> ASIAÍN, Carmen, "Habeas conscientiam...", cit., p. 13

<sup>153</sup> ASIAÍN, Carmen, "Habeas conscientiam...", cit., p. 13

con la finalidad de suscitar una reacción que conduzca a la reforma del orden jurídico"<sup>154</sup>.

### **Sinceridad del conflicto.**

Demostrar la sinceridad del objetor presenta el problema de la posible intromisión en su intimidad por un lado, y el riesgo de fraude a la ley, por otro.

GASCON ABELLÁN se manifiesta contraria por considerar ineficaz cualquier intento de fiscalización del fuero interno, mediante el siguiente argumento: "ante un solicitante avezado pero insincero, la autoridad fracasará por mucho celo inquisitivo que ponga en su labor; y ante un solicitante ingenuo y de escasa cultura, pero sincero, la autoridad dispuesta a limitar los casos de objeción siempre podrá demostrar que en realidad no existen escrúpulos de conciencia. De aquí que, en nuestra opinión, todo lo que no sea conformarse con la declaración del objetor, o es una pérdida de tiempo, o corre el riesgo de convertirse en una intromisión en la conciencia o en la intimidad del objetor"<sup>155</sup>.

En todo caso, no puede consistir el control en comprobar la verdad objetiva de las convicciones del sujeto, sino sólo su sinceridad, esto es, que la conducta de esa persona en otros ámbitos de su vida es coherente con las convicciones de conciencia que ha declarado para fundar su objeción al deber jurídico. Así lo exige la más elemental prudencia, amén del principio de seguridad jurídica, para evitar masivos fraudes a la ley<sup>156</sup>.

"El objetor, en su individual doctrina de justicia, deberá fundar esta en consideraciones sobre lo "correcto" o "justo" (KAUFMANN, 2006, p. 39), para lo cual podrá acudir al uso de principios como la igualdad (RODRÍGUEZ, 1971, p. XII) o la libertad, constitutivos del núcleo de la justicia (RAWLS, 1997, p. 62, 187)"<sup>157</sup>.

ROXIN sostiene que "la decisión de conciencia no presupone una determinada cualidad en cuanto a su contenido. El juez únicamente tiene que examinar "si lo que se proclama al exterior como decisión de conciencia posee verdaderamente el carácter de un imperativo moral ineludible, la seriedad de un imperativo moral que domina toda la personalidad" (BVerfGE 12,55). La decisión de conciencia no puede "ser valorada en ningún sentido como errónea, equivocada, o correcta. Cualquier otra hipótesis vulneraría la neutralidad ideológica del Estado y

---

<sup>154</sup> ASIAÍN, Carmen, "*Habeas conscientiam...*", cit., p. 14

<sup>155</sup> LEYRA CURIÁ, S., op. cit., p. 150 citando a GASCÓN ABELLÁN, M., *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 171.

<sup>157</sup> MENDOZA, Juan Francisco, *Alcances penales...*, p.159.



anularía la libertad de decisión de conciencia en favor de una determinada ideología o credo"<sup>158</sup>.

Quien objeta sin verdadera necesidad, por motivos no racionales o no reales, sino sólo por comodidad, o por lo gravoso del precepto emitido por la autoridad, no ejerce propiamente una objeción de conciencia, sino que hace un uso abusivo de ésta. Ante una negativa así al cumplimiento del deber, origen de un grave desorden en el bien común, el Estado, mediante la ley o la jurisprudencia, tiene el derecho y el deber de reaccionar penalmente<sup>159</sup>.

### **Exposición a la sanción.**

El enfrentamiento del mandato puede significar asumir el riesgo de recibir una sanción.

Esa sanción puede ser calificada por el ordenamiento penal, porque configura un delito, o por el ordenamiento civil, administrativo, fiscal o laboral.

"Para no pocos autores el objetor demuestra la sinceridad de su conflicto en la medida que esté dispuesto a soportar las consecuencias negativas que conlleva: las sanciones a que dé lugar su insumisión o el cumplimiento de una obligación sustitutiva al menos equivalente a la rechazada. Esta 'paciencia' del objetor sería, de un lado, un constitutivo teórico de la noción misma de objeción de conciencia; de otro, ofrece la posibilidad técnica de resolver en la práctica el problema de la prueba de sinceridad, evitando vías inquisitivas de dudosa legitimidad y eficacia en cuanto afectan a la intimidad de la persona"<sup>160</sup>.

### **La prestación alternativa**

Si bien es cierto que este instituto tiene eficacia disuasiva para el fraude, debe hacerse un prudente uso de él para que no se transforme en una fuente de discriminaciones veladas por motivos ideológicos. Además, se trata de una presunción de fraude en contra de quien ejerce el derecho de objeción, incompatible con la tesis de que es un derecho fundamental, cuyo ejercicio debe considerarse legítimo a priori<sup>161</sup>. En efecto, "debe existir un principio *in dubio pro libertati*, como criterio de interpretación de los derechos fundamentales"<sup>162</sup>.

---

<sup>158</sup> ROXIN, *Parte General ...*, p.943; en el mismo sentido ROMEO CASABONA, El derecho a la objeción de conciencia, p. 1317.

<sup>159</sup> AGULLES, cit., p. 170.

<sup>160</sup> MARTIN de AGAR, José T., *Problemas...*, cit., p.18.

<sup>161</sup> LEYRA CURIÁ, S., op. cit., p. 173.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 183, citando a PÉREZ LUÑO, Angel, "La fundamentación de los derechos humanos".

"La prestación sustitutoria no puede llegar a convertirse en un sacrificio, donde más que comprobar la sinceridad del objetor se le termina sancionando"<sup>163</sup>.

La búsqueda de una alternativa para salvar la conciencia del objetor, exige que tanto la empresa como el trabajador estén dispuestos a soportar un costo razonable, aunque ese costo no debe esconder una discriminación penalizante del empleado por sus creencias. El caso *Bhatia v. Chevron U.S.A. Inc.* representa un ejemplo<sup>164</sup>.

Por lo que respecta a la "negativa al cumplimiento de la prestación alternativa, BAUCELLS I LLADÓS defiende que, en virtud del reconocimiento constitucional de la libertad de conciencia y de su vinculación con la dignidad, ella es un mal y de ahí que sea admisible invocar el estado de necesidad. Para JERICÓ OJER, en cambio, nunca puede ser calificado como mal jurídico el hecho de que el Estado ofrezca alternativas para que el sujeto compatibilice las exigencias de su conciencia con el imperativo de la ley"<sup>165</sup>.

Según MUÑOZ CONDE lo que, a su juicio, justifica la existencia de los insumisos totales es precisamente el carácter punitivo y obligatorio que se le quiere dar al servicio civil sustitutivo, que, por lo menos en España en el momento en que escribió (1994) no se configuraba como una verdadera alternativa asumida voluntariamente del servicio militar obligatorio<sup>166</sup>.

Nosotros entendemos que existen otros mecanismos para llegar a la convicción de la sinceridad del objetor. O, al menos, de su presunción a favor. Así, por ejemplo, la persistencia en la decisión tomada, la pertenencia a un grupo determinado cuyas convicciones son conocidas notoriamente, o tomar en cuenta determinadas actitudes de coherencia de la vida cotidiana del objetor con la conducta objetada.

### **Privacidad**

Lo que busca el objetor no es la trascendencia social, si bien en ocasiones es el desenlace lógico de la actitud objetora<sup>167</sup>.

En palabras de APARISI MIRALLES y LÓPEZ GUZMÁN, "lo que el objetor persigue no es obstruir u obstaculizar el cumplimiento social de la norma legal, sino obtener el legítimo respeto a su propia conciencia (...)"<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> Ibidem p. 178.

<sup>164</sup> MARTIN de AGAR, José T., *Problemas...*, cit., p.25

<sup>165</sup> JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 337.

<sup>166</sup> MUÑOZ CONDE, F., *La objeción de conciencia...*, p.5

<sup>167</sup> AGULLES, cit., p. 40.

<sup>168</sup> APARISI MIRALLES, A. Y LÓPEZ GUZMÁN, J., "El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto", *Persona y Bioética*, vol. 10, núm. 26, 2006.

### **Las listas de objetores.**

Como ha dicho el Tribunal constitucional alemán, "Al Estado le está prohibido evaluar esta clase de convicciones de sus ciudadanos o calificarlas como "verdaderas o falsas"<sup>169</sup>. Por eso, al decir de LOPEZ MORATALLA, toda regulación que incluya alguna forma de registros por razones de conciencia supone una discriminación por convicciones<sup>170</sup>.

### ***IX. Ubicación dogmática del hecho realizado por motivos de conciencia***

Hay que plantearse si el delito cometido en ejercicio de la objeción de conciencia puede considerarse atípico, justificado, inculpable, o impune. Así, por ejemplo, el médico que se niega a practicar un aborto legal, posee la posición de garante, por razón de la división de trabajo y la especialización en diversos ámbitos, y asume, por lo tanto, la administración adecuada de peligros. Es así que el rol del médico se explica bajo una competencia de relación de confianza especial que genera garantía, pues allí este profesional está obligado a proteger el bien jurídico –vida o salud– y a combatir su peligro (JAKOBS, 1997, p. 999 y ss.)<sup>171</sup>.

En la teoría del delito, esto se puede articular a través del estudio de algunas causas legales de justificación, como son el ejercicio legítimo de un derecho (art. 28 CPU) y del estado de necesidad (art. 27 CPU).

La mayoría de los autores españoles se muestran más favorables a plantear la eximente de estado de necesidad o bien a través de la colisión de deberes, o como estado de necesidad exculpante<sup>172</sup>, y también hay quienes defienden una tesis dual sobre la naturaleza del estado de necesidad<sup>173</sup>.

En la doctrina alemana, la mayoría se inclina por la comisión del delito, en base a la antijuridicidad de la conducta y a su culpabilidad. Por lo tanto, la actuación en conciencia sólo podría recibir un tratamiento más benévolo con respecto a la pena a aplicar<sup>174</sup>.

Sin embargo, otro sector minoritario se pronunció a favor de la antijuridicidad, basándose en la protección al derecho a la libertad de conciencia que brinda el art. 4 de la Constitución alemana (GG), siempre que la disposición incumplida no proteja otro bien de naturaleza constitucional que en la ponderación resulte preferente.

---

<sup>169</sup> SCHWABE, Jürgen, "Jurisprudencia TCFA", cit., p. 176

<sup>170</sup> LÓPEZ MORATALLA, Natalia, *Cuando los conflictos de conciencia se plantean por el buen hacer profesional. Objeción de ciencia en la práctica médica*, ACEPRENSA, 23.7.2008, p.4

<sup>171</sup> MENDOZA, Juan Francisco, *Alcances penales...*, p.151.

<sup>172</sup> MUÑOZ CONDE, F., *La objeción de conciencia...*, p.9

<sup>173</sup> JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 333

<sup>174</sup> HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal - Obras Completas - Tomo II*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 175.

En el ámbito latinoamericano se ha visto a la objeción de conciencia "como un derecho supralegal, que, a la manera de una libertad, cuestiona la competencia del Estado para forzar el cumplimiento de deberes, generando la neutralización de estos en sus manos (MALAMUD, 1983, p. 276) y absteniéndose de sancionar dicho incumplimiento. Así, la objeción de conciencia encuentra respaldo en el plus de derechos fundamentales, que como principios garantizan la esfera de libertad de los ciudadanos. Uno de tales principios es la garantía a la libertad de conciencia, que autoriza al individuo para reclamarle al Estado no exigir el cumplimiento de ciertos deberes"<sup>175</sup>.

"La libertad o derecho a objetar conciencia en materia penal constituye una estructura de descargo de imputación, que hace decaer la competencia estatal para punir comportamientos derivados de una autenticidad moral (RAWLS, 1997, p. 336-337) y que resultan justificativos de la autonomía individual"<sup>176</sup>.

En la indicación terapéutica del aborto, o de riesgo para la salud y vida de la madre, es posible que el médico aplique un tratamiento alternativo al aborto –tratamiento de doble efecto– que persiga la reducción de la situación de riesgo de la madre durante el embarazo o en el parto, procurando salvar a los dos. "Allí pueden plantearse dos supuestos: uno activo, en el cual el médico practica un tratamiento alternativo insuficiente, distinto al aborto, generándose consecuencias lesivas a la vida y salud de la madre, quien debe proseguir el embarazo; y otro omisivo, en que el médico expresa su negativa a la intervención abortiva como tratamiento indicado para reducir el riesgo"<sup>177</sup>.

El sector mayoritario, en cambio, se ha decidido por la inculpabilidad, basado en la situación de conflicto emocional<sup>178</sup>.

Otros autores lo ven reflejado en el ámbito de la pena.

Así HIRSCH, si bien es de los que entienden que hay algunos delitos que pueden quedar justificados, para él la mayoría de los delitos de conciencia podrán merecer, si acaso, un tratamiento punitivo benévolo<sup>179</sup>.

---

<sup>175</sup> MENDOZA, Juan Francisco, *Alcances penales...*, p.155.

<sup>176</sup> MENDOZA, Juan Francisco, *Alcances penales...*, p.156.

<sup>177</sup> MENDOZA, Juan Francisco, *Alcances penales...*, p.157.

<sup>178</sup> HIRSCH, *Derecho Penal...*, cit. p. 176, 179. Pérez del Valle, C. (1994, p. 282 y ss.); Muñoz Conde, F. (2008, p. 397 y ss.); García Caveró, (2008, p. 548-549). En la dogmática alemana: Frister, H. (2011, p. 399 y ss.); Jakobs, G. (1997, p. 697 y ss.). Enlistándolo como un caso particular de inexigibilidad, pero dándole el tratamiento de un caso de "estado de necesidad por conciencia" generador de exculpación, véase: Stratenwerth, G. (2005, p. 320 y ss.); Jescheck, H. H. (2002, p. 543-544). Ubicándolo en el estado de necesidad exculpante supralegal, aun cuando en la parcela de la inexigibilidad, véase: Welzel, H. (1970, p.20). Citados por MENDOZA, Juan Francisco, *Alcances penales...*, p.156.

<sup>179</sup> HIRSCH, op. cit., p.190.

Para ROXIN el derecho a no ser forzado mediante pena a actuar contra la propia conciencia demanda sólo indulgencia, y no es una justificación. "En la medida en que la puesta en práctica de la conciencia está amparada por el art. 4 GG, el legislador renuncia con todo a la pena porque no le parece necesaria desde la perspectiva de la prevención. Existen buenas razones para que se conceda de tal modo una indulgencia limitada al sujeto que actúa por motivos de conciencia que nuestro Derecho no otorga al infractor ordinario de la ley. Pues a un ordenamiento jurídico liberal le cuadra tolerar también al discrepante, en la medida en que éste no atente contra los supremos principios constitucionales y contra la seguridad del Estado y tampoco niegue en principio los derechos fundamentales de otros. Entonces no se excluirá tampoco al inconformista existencial, sino que éste podrá seguir considerando nuestra sociedad como la suya; y alguna decisión de (o en) conciencia cuya puesta en práctica hoy es aún antijurídica puede mañana encontrar una mayoría y contribuir mediante su impulso innovador a la evolución de la sociedad. Por tanto, el que el Estado renuncie a sancionar aquellos hechos realizados por motivos de conciencia con los que puede vivir sin renunciar a sí mismo sirve por igual al Estado de Derecho, a la dignidad humana y al progreso social"...

"Se advierte así acertadamente que no se trata de una derogación o retirada del ordenamiento jurídico, sino de una renuncia a la sanción basada en la falta de necesidad de la pena"<sup>180</sup>.

Hay quien ha querido ver una causa de inimputabilidad por irresistibilidad del mandato de la conciencia, que le impidió actuar de otra manera. Lógicamente, si esto se comprobara, podría eventualmente resolverse aplicando el art. 30 CPU, pero no parece ser el caso.

JERICÓ OJER ubica a la actuación por motivos de conciencia, en el plano de la inexigibilidad o menor exigibilidad individual, basada en una disminución del injusto.<sup>181</sup>

En otro extremo encontramos la solución que proponen en Alemania EBERT y RUDOLPHI, aunque con distintas matizaciones o fundamentaciones. Mientras que EBERT atiende sobre todo a la situación de conflicto psíquico en que se encuentra el objetor -similar a los casos de inimputabilidad por trastorno mental-, RUDOLPHI habla de una doble disminución: por un lado, de una menor gravedad del hecho injusto realizado, porque, de algún modo, está dentro del pluralismo característico de la sociedad democrática; y, por otro lado, de una menor culpabilidad, dada la alteración relevante de la normalidad de la capacidad de motivación del que así actúa; lo que todo junto fundamenta la falta de reproche o

---

<sup>180</sup> ROXIN, *Parte General...*, p. 951

<sup>181</sup> JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 73 y 297.

responsabilidad penal<sup>182</sup>. En el mismo sentido de la culpabilidad reducida, también HIRSCH<sup>183</sup>.

Son muchos los penalistas que piensan que el «delincuente de conciencia» no debe considerarse culpable de los actos que realiza conforme a la misma, entre otras cosas porque la conciencia individual debe ser un bastión infranqueable para el poder punitivo del Estado<sup>184</sup>.

### Conclusiones

Para nosotros, la objeción de conciencia podría tener una ubicación múltiple dentro de la estructura del delito: causa de justificación, causa de inculpabilidad, causa de impunidad o circunstancia atenuante.

Siguiendo a la vacilante jurisprudencia del Tribunal Supremo español<sup>185</sup>, podríamos decir que está reconocida como un derecho en el art. 54 de nuestra Co. e implícitamente también en los arts. 7 y 72 de la misma, y por lo tanto, por encima de la ley. Bajo una concepción de Constitución Material debiera entenderse incorporada, por aplicación de la Teoría del Bloque de Constitucionalidad de Derechos<sup>186</sup>.

Por lo tanto, podría considerarse una causa de justificación, amparada en lo dispuesto por el art. 28 CPU. Obviamente, para eso deben darse todos los presupuestos de la objeción de conciencia que hemos visto<sup>187</sup>. El reconocimiento constitucional no implica, sin embargo, que automáticamente haya de primar frente a cualquier disposición del ordenamiento jurídico, tanto constitucional como infraconstitucional, puesto que es necesario proceder en cada caso concreto a la ponderación de intereses<sup>188</sup>.

Ello lleva a precisar que si bien una ley que establece el deber objetado es por principio obviamente constitucional, debiendo siempre interpretarse de conformidad con la Constitución, en todo caso, el acto de aplicación de ella a un objetor de conciencia es inconstitucional, pudiendo ser recurrido tal acto de aplicación de la ley a través de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia.

Pero aún más, según el Prof. Mariano BRITO, la acción de amparo es un camino posible de garantía porque operará como defensa de la supralegalidad constitucional, sin necesidad de llegar a la declaración de

---

<sup>182</sup> MUÑOZ CONDE, F., *La objeción de conciencia...*, p.12

<sup>183</sup> HIRSCH, *Derecho Penal*, cit., p. 191, 193.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>185</sup> STCE 23-04-1982.

<sup>186</sup> TÓRTORA ARAVENA, Hugo, *Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile*, Revista de Derechos Fundamentales, Viña del Mar, n° 7, 2012, p.27; ASIAIN, Carmen, *Comentario al proyecto de ley ...*, p. 12.

<sup>187</sup> MUÑOZ CONDE, F., *La objeción de conciencia...*, p.8

<sup>188</sup> ROMEO CASABONA, *El derecho a la objeción de conciencia*, cit., p. 1323.

inconstitucionalidad: “Desde aquí se abona –entre otros posibles objetos- el amparo del derecho a la intimidad y a la objeción de conciencia, por citar sólo dos ejemplos de derechos inherentes a la persona humana no consagrados explícitamente en la Carta.”<sup>189</sup>

Efectivamente, a manera de ejemplo, siguiendo al profesor Humberto NOGUEIRA, entendemos que la objeción de conciencia es un derecho que integra el haz de facultades de la libertad de conciencia, e incluso formaría parte de su contenido esencial, ya que no tendría ningún sentido proteger la libertad de conciencia si a una persona se le obliga a dar cumplimiento a una obligación incluso pasando por sobre sus convicciones morales. El mismo NOGUEIRA dirá que en el peor de los casos debe ser concebido como un derecho implícito, independiente y autónomo a la libertad de conciencia y que ingresa a nuestro ordenamiento por la vía del bloque de constitucionalidad<sup>190</sup>.

Desde el punto de vista de la culpabilidad, podría ubicarse en el ámbito de la inexigibilidad de otra conducta, como causa analógica de inculpabilidad. Para MUÑOZ CONDE, tiene razón ROXIN cuando, sin negar que en algún caso concreto puedan darse situaciones de casi inimputabilidad o de menor gravedad del injusto o la culpabilidad, afirma que la razón fundamental que conduce a la exculpación o, como él mismo dice, ausencia de responsabilidad, es la falta de una necesidad preventiva de pena<sup>191</sup>.

## **Anexo normativo**

### ***Situaciones en el derecho positivo uruguayo***

#### **A. La Constitución**

La Constitución, prevé en su art. 54 que "La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral".

#### **B. Aborto - L. 18.987 Art. 11.-**

(Objeción de conciencia).- Los médicos ginecólogos y el personal de salud que tengan objeciones de conciencia para intervenir en los procedimientos a que hacen referencia el inciso quinto del artículo 3° y el artículo 6° de la

---

<sup>189</sup> BRITO, Mariano, “*Acción de Amparo*”, 4ª Jornada 28/8/89, “El Poder y su Control”, UCUDAL, Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Serie Congresos y Conferencias N° 1).

<sup>190</sup> Refiriéndose al Derecho Constitucional chileno, son consideraciones aplicables también al uruguayo. Citado por TÓRTORA, Hugo, *Bases constitucionales...*, p.15.

<sup>191</sup> MUÑOZ CONDE, cit., p. 11.

presente ley, deberán hacerlo saber a las autoridades de las instituciones a las que pertenecen.

La objeción de conciencia podrá manifestarse o revocarse en forma expresa, en cualquier momento, bastando para ello la comunicación a las autoridades de la institución en la que se desempeña. Se entenderá que la misma ha sido tácitamente revocada si el profesional participa en los procedimientos referidos en el inciso anterior, con excepción de la situación prevista en el último inciso del presente artículo.

La objeción de conciencia como su revocación, realizada ante una institución, determinará idéntica decisión respecto a todas las instituciones públicas o privadas en las que el profesional preste servicios.

Quienes no hayan expresado objeción de conciencia no podrán negarse a realizar los procedimientos referidos en el primer inciso del presente artículo.

Lo dispuesto en el presente artículo, no es aplicable al caso previsto en el literal A) del artículo 6° de esta ley.

#### **D. 375/2012**

Art. 28: La objeción de conciencia solo es válida para abstenerse de intervenir en los procedimientos previstos por el inciso 5° del artículo 3° de la Ley 18.987 y no para abstenerse de actuar conforme a los incisos 1° a 4° del artículo 3° de la ley.

Solo podrán objetar de conciencia las personas físicas, no existiendo tal derecho para las personas jurídicas.-

Art. 29: Solo podrán objetar de conciencia el personal médico y técnico que deba intervenir directamente en una interrupción de embarazo de acuerdo al inciso quinto del artículo tercero y el artículo seis literales B y C de la ley 18.987.

El ejercicio de la objeción de conciencia obliga al médico a derivar personalmente a la paciente a otro médico de manera de asegurar la continuidad de la atención inmediata de la misma.

Art. 30. Queda excluido del derecho de objetar de conciencia el personal administrativo, operativo y demás personal que no tenga intervención directa en el acto médico respectivo.

No se podrá invocar objeción de conciencia en actos posteriores a la realización de la interrupción del embarazo.

Art. 31: La objeción de conciencia se presentará por escrito ante todas las instituciones en las que el objetor preste servicios. Será dirigida a la Dirección Técnica de cada institución y deberá contener una declaración de que objeta participar en los procedimientos previstos en el inciso 5° del artículo 3° y literales b) y c) del artículo 6° de la Ley 18.987.

Art. 32: Solo serán válidas las objeciones de conciencia que sigan los procedimientos establecidos en la presente reglamentación.-

Art. 33: Del desistimiento expreso a la objeción de conciencia:



En cualquier momento el objetor de conciencia podrá revocar la objeción de conciencia por escrito ante la institución o instituciones en que la haya presentado.

El desistimiento en una institución se extenderá a todas las instituciones en donde trabaje el objetor.-

Art. 34: Del desistimiento tácito a la objeción de conciencia: si una institución constatare que quien haya declarado ser objetor de conciencia realiza alguna de las actividades que dieron lugar a su objeción en ella o en cualquier otra institución en donde trabaje o preste algún tipo de servicio en ese sentido, se tendrá como desistido de su objeción de conciencia.-

No se configura desistimiento tácito el caso de que el médico deba intervenir a efectos del cumplimiento del literal a, del artículo 6° de la Ley 18.987.-

Art. 35: Quienes no hayan presentado objeción de conciencia o hayan desistido de la misma no podrán negarse a realizar los procedimientos a efectos de la interrupción del embarazo.-

### **C. Lavado de activos. Ley 17.835 arts. 1 y 2, III, 5**

Los escribanos "estarán obligadas a informar (a la UIAF) las transacciones, realizadas o no, que en los usos y costumbres de la respectiva actividad resulten inusuales, se presenten sin justificación económica o legal evidente o se planteen con una complejidad inusitada o injustificada"; "no siéndole oponibles a ésta disposiciones vinculadas al secreto o la reserva...

El obligado o requerido (por la UIAF) no podrá poner en conocimiento de las personas involucradas las actuaciones e informes que sobre ellas realice o produzca en cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo".

### **D. Voluntad anticipada - L. 18.473**

Artículo 9°.- De existir objeción de conciencia por parte del médico tratante ante el ejercicio del derecho del paciente objeto de esta ley, la misma será causa de justificación suficiente para que le sea admitida su subrogación por el profesional que corresponda.

### ***Bibliografía***

AGULLES SIMÓ, PAU, *La objeción de conciencia farmacéutica en España*, PUSC, Roma 2006, disponible en:

[http://eticaepolitica.net/bioetica/pa\\_obj\\_cos%28es%29.htm](http://eticaepolitica.net/bioetica/pa_obj_cos%28es%29.htm)

APARISI MIRALLES, A. y LÓPEZ GUZMÁN, J., "El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto", *Persona y Bioética*, vol. 10, núm. 26, 2006. p. 36.

ASIAÍN PEREIRA, Carmen, "Veto a la Limitación de la Libertad de Conciencia" en AAVV, "Veto al Aborto - Estudio Interdisciplinario sobre las 15 Tesis del Presidente Tabaré Vázquez", Universidad de Montevideo, 2012, págs. 121-152.

ASIAÍN PEREIRA, Carmen, "*Habeas Conscientiam y Objeción de Conciencia*", en *Anuario de Derecho Administrativo*, T. XV, F.C.U., Montevideo, 2008; hacemos referencia al publicado en [www.libertadreligiosa.net](http://www.libertadreligiosa.net).

ASIAÍN PEREIRA, Carmen, "*Comentario al proyecto de ley de reconocimiento de la libertad de conciencia e ideario*"; *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, n° 22, 2013, págs. 11 - 25. Citas de la versión digital: <http://revistaderecho.um.edu.uy/>

BAYARDO BENGOA, *Derecho Penal Uruguayo*, 3a. Ed., UdelaR, Montevideo, 1978.

BETTETINI, Andrea, *Libertad de conciencia y objeción al aborto*, <http://www.iustel.com/v2/revistas/buscador.asp?id=2&autor=%22Andrea%20Bettetini%22>

DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, (trad. Macías Caro), Madrid, Barcelona, Bs. As., 2012.

FLORES MENDOZA, Fátima, *La objeción de conciencia en derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 2001.

GONZÁLEZ CIFUENTES, Natalia, *Objeción de Conciencia y Aborto*, Universidad Católica de Valencia, Máster en Bioética, 2011, inédito.

HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal - Obras Completas - Tomo II*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000.

JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª Ed., COMARES, Granada, 2002.

JAVIER, Juvenal M., *Reflexiones sobre la objeción de conciencia e ideario en el Uruguay a partir de las leyes 18.987 y 18.473*, *Revista de Derecho Público*, n° 43, 2013, págs. 33-56.

LEÓN CORREA, Francisco Javier, "*Fundamentos ético-jurídicos de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud*", *Revista Conamed*, Comisión nacional de arbitraje médico, México 2007; 42 (4): 3-8, disponible en: [http://dgdi-conamed.salud.gob.mx/modulo\\_uno/files/simposio10.pdf](http://dgdi-conamed.salud.gob.mx/modulo_uno/files/simposio10.pdf)

LEYRA CURIÁ, Santiago, "*Participación política de la sociedad civil y objeción de conciencia al aborto*", tesis doctoral dirigida por el Profesor Doctor D. Rafael Navarro-Valls. Universidad Complutense de Madrid, marzo 2011, disponible en <http://eprints.ucm.es/15362/1/T33489.pdf>.

LÓPEZ MORATALLA, Natalia, "*Cuando los conflictos de conciencia se plantean por el buen hacer profesional. Objeción de ciencia en la práctica*

médica", ACEPRENSA, 23.7.2008, disponible en:

<http://www.aebioetica.org/rtf/objecconc.pdf>

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel "Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción", InDret, 1/2013,

<http://www.indret.com/es/>

MARTIN DE AGAR, José T., en AA.VV. «Objeción de conciencia», Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F. 1998, p. 231-253. Remitimos a la versión disponible en:

<http://bibliotecanonica.net/docsaa/btcaad.htm>

MARTIN de AGAR, José T., *Problemas Jurídicos de la Objeción de Conciencia*, disponible en:

[http://bib26.pusc.it/can/p\\_martinagar/Pubblicazioni/objecion.pdf](http://bib26.pusc.it/can/p_martinagar/Pubblicazioni/objecion.pdf),

MARTÍNEZ OTERO, Juan Ma., "La Objeción de Conciencia del Personal Sanitario en la Nueva Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria Del Embarazo", Cuadernos de Bioética, XXI, 2010/3, Valencia, págs. 229-312. Aquí hacemos referencia al artículo publicado en:

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87518698001>

MENDOZA PERDOMO, Juan Francisco, *Alcances penales de la objeción de conciencia del médico en el aborto lícito en Colombia*, IUSTA, N° 37, Bogotá, 2012, p.137- 162, también disponible en la web.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *La objeción de conciencia en Derecho Penal en Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Silva Sánchez (ed.), BOSCH, Barcelona, 1997, págs. 279-295.

Aquí hacemos referencia al artículo publicado en:

<http://neopanopticum.wordpress.com/2012/09/01/la-objecin-de-conciencia-en-derecho-penal-f-muoz-conde/>

NAVARRO VALLS, J, "La objeción de conciencia a tratamientos médicos", en *Derecho eclesiástico del Estado español*, EUNSA, 1993.

PRIETO, Vicente, "La objeción de conciencia en instituciones de salud", Universidad de La Sabana, Bogotá, 2013.

ROMEO CASABONA, Carlos M<sup>a</sup>, *El Derecho a la objeción de conciencia*, en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, BRUYLANT, 1997, págs. 1307-1327.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Thomson-Civitas, Madrid, Trad. de la 2<sup>a</sup> ed. alemana, 2006.

TÓRTORA ARAVENA, Hugo, *Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile*, Revista de Derechos Fundamentales, Viña del Mar, n° 7, 2012, p. 87-115. Citamos la versión disponible en la web:

<http://www.derechosfundamentales.cl/07/>

SCHWABE, Jürgen, "*Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*", Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, también accesible en: [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_16817-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf)

OBJECIÓN DE CONCIENCIA.....	1
Prof. Dr. Dr. <i>europæus</i> Pedro J. Montano .....	1
I. Ámbitos de ejercicio de la objeción de conciencia .....	1
II. ¿Qué es la conciencia?.....	2
II. Noción de objeción de conciencia.....	3
Deber moral.....	7
Clases de objeción de conciencia.....	8
Según la manera de intervenir.....	8
Objeción propia.....	8
Objeción impropia.....	8
Objeción ambigua .....	8
Objeción sobrevenida .....	8
Objeción de ciencia .....	9
III. Objeción de conciencia y otros institutos .....	10
Derecho de resistencia.....	10
Desobediencia civil .....	11
Delincuente de conciencia y delincuente por convicción .....	14
IV. Naturaleza jurídica de la objeción de conciencia.....	17
El Derecho Internacional .....	19
¿Es un derecho absoluto? .....	20
V. Límites a la objeción de conciencia.....	21
Los derechos fundamentales.....	21
El orden público .....	22
La ley .....	22
El abuso del Derecho.....	22
La obligación de derivar a un no objetor.....	23
VI. El conflicto de derechos.....	23
Afectación de derechos de terceros.....	25
Contenido esencial .....	26
Constitución y ley.....	28
Interpositio legislatoris .....	30
La tesis de la ponderación.....	31
Balancing test .....	34
Las personas jurídicas.....	36
VII. Participación directa o indirecta.....	37
VIII. Requisitos.....	38
Con condición o no.....	38
Conflicto con una norma de conciencia. ....	38
Conducta exigida al objetor. ....	39
Existencia de un deber jurídico.....	39
Clara desobediencia Jurídica .....	39
Sinceridad del conflicto. ....	40

Exposición a la sanción. ....	41
La prestación alternativa.....	41
Privacidad .....	42
Las listas de objetores.....	43
IX. Ubicación dogmática del hecho realizado por motivos de conciencia .....	43
Conclusiones .....	46
Anexo normativo .....	47
Situaciones en el derecho positivo uruguayo .....	47
A. La Constitución .....	47
B. Aborto - L. 18.987 Art. 11.- .....	47
C. Lavado de activos. Ley 17.835 arts. 1 y 2, III, 5.....	49
D. Voluntad anticipada - L. 18.473.....	49
Bibliografía .....	49